

Barns medbestemmelsesrett etter barnevernloven § 6-3

Kandidatnummer: 541

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 17 485 ord

Dato 22.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Temaet for avhandlingen	1
1.2	Problemstilling	3
1.3	Avgrensning	3
1.4	Barneperspektiv	4
<u>2</u>	<u>SÆRSKILTE RETTSKILDESPØRSMÅL I TILKNYTNING TIL PROBLEMSTILLINGEN</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>GRUNNLEGGENDE SYNSPUNKTER OM BARNS RETT TIL Å BLI HØRT</u>	<u>10</u>
3.1	Vårt syn på barnet	10
3.2	Barnets grunnrettigheter	11
3.3	Barnevernrettslige prinsipper	12
3.3.1	Barnets beste	12
3.3.2	Det biologiske prinsipp	14
3.3.3	Minste inngreps prinsipp	15
<u>4</u>	<u>BARNS RETTIGHETER UNDER SAKSBEHANDLINGEN ETTER BVL. § 6-3</u>	<u>16</u>
4.1	Plassering av bvl. § 6-3 i forhold til barneretten	16
4.2	Utgangspunktene for vurderingen av bvl. § 6-3	17
4.3	Bakgrunnen for lovendringen i 2003	18
4.4	Forholdet mellom barns medbestemmelse og selvbestemmelse	19

4.5	Nærmere om barns rett til å ytre seg og bli hørt	20
4.5.1	Ubetinget rett til å uttale seg – barn eldre enn 7 år	20
4.5.2	Skjønnsregelen – barn yngre enn 7 år	25
4.5.3	Forholdet til FN barnekonvensjon artikkel 12 – ingen aldersgrense	29
4.5.4	Forholdet til ytringsfriheten i EMK artikkel 10	31
4.6	Særskilt om barns krav på informasjon	32
4.7	Hvilken vekt skal barnets mening tillegges?	34
4.7.1	FNs barnekonvensjon artikkel 12 – “due weight”	36
4.7.2	Betydningen av barnelovens § 31 andre ledd betydning – 12 års-grensen	37
4.8	Barns interesser kan være påvirket av foreldrenes interesser	40
4.9	Barns interesser kan være i motstrid med foreldrenes interesser	42
4.9.1	Forholdet mellom FNs barnekonvensjonen og EMK	47
4.10	På hvilken måte blir barns mening fremmet?	49
4.11	Konsekvensen av at barn ikke blir hørt	51
<u>5</u>	<u>SAMMENFATNING OG KONKLUSJON</u>	<u>56</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>

1 Innledning

1.1 Temaet for avhandlingen

Hovedtemaet for avhandlingen er barns rett til å uttale seg og bli hørt i egen barnevernsak. I forarbeidene er dette begrunnet med at barn skal være deltager i eget liv, og som følge av dette, ha medbestemmelsesrett i egen barnevernsak.¹ Grunnlaget for barns medbestemmelsesrett er barnevernloven § 6-3, men både FNs barnekonvensjon og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) vil få betydning for bestemmelsen.

Bvl. § 6-3

Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.

Et barn kan opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjeldende dersom det har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder. Fylkesnemda kan innvilge et barn under 15 år partsrettigheter i særskilte tilfeller. I saker som gjelder tiltak for barn med adferdsvansker, skal barn alltid regnes som part.

Barns rettigheter har blitt styrket i takt med de senere tiårs samfunnsutvikling. I 1992 vedtok Stortinget gjeldende barnevernlov. Siktemålet med den nye loven var å sikre at barn fikk den nødvendige hjelp og omsorg i tide. Samtidig var det viktig å sikre rettsikkerheten for de affekterte familiene som kom i kontakt med barneverntjenesten.²

¹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 62 pkt. 10.5.

² Tjomsland (2003) s. 12

Barnet har gjennom den siste barnevernloven, og tildels også i barnevernloven forut for denne, blitt synliggjort som enkeltindivid og rettssubjekt. Dette skyldes i stor grad utarbeidelsen og vedtagelsen av FNs barnekonvensjon 20. november 1989.

Barnekonvensjonen var den første globale folkerettslige avtale som utelukkende tok for seg barns interesser og rettigheter.³ Dette bidro til at barnet ble satt i sentrum i en rettslig sammenheng. Selve konvensjonen av 1989 ble ikke ratifisert inn i norsk rett før 8. januar 1991 og inkorporert i norsk lov før 1. august 2003.⁴ Smith hevder at barns medbestemmelsesrett var noe av det mest oppsiktsvekkende ved konvensjonen som nå skulle påvirke norsk rett.⁵ Ut fra dette kan man si at FNs barnekonvensjon art. 12 og EMK art. 8 legger føringer for vurderingen av barns medbestemmelsesrett.⁶

Det er i saksbehandlingen, med målsettingen om å bedre barns omsorgssituasjon, at barnets medbestemmelsesrett blir en aktualitet. Dette fremkommer i kapittelet om saksbehandling gjennom at barnet skal få muligheten til å uttale seg om egen omsorgssituasjon og fremme egne ønsker i forhold til bedring av egen situasjon. Barnet blir med dette ansett som affektert, og skal derfor bli hørt i saker som angår dem; de skal ut fra et brukermedvirkningsperspektiv være med å forme sin egen hverdag.

Medbestemmelsesretten er en rettighet barn har i kraft av å være et selvstendig rettssubjekt. Ut ifra denne rettigheten er ikke barn underlagt foreldrenes og de offentlige myndigheters totale bestemmelsesrett. De har i særskilte tilfeller rett til å ytre egne ønsker og interesser. Medbestemmelsesretten er en beskyttelse for barn i barnevernsaker da rettigheten gir barnet muligheten til å være deltager i eget liv.

³ Se Smith (1999) s. 357 for utdypning av tidligere liknende tiltak. Man kan allikevel ikke snakke om barns rettigheter før FNs barnekonvensjon av 1989.

⁴ Søvig (2008) s. 112.

⁵ Smith (1999) s. 365.

⁶ Convention on the Rights of the Child.art.12 (1999), Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 8 (1999).

1.2 Problemstilling

Den rettslige problemstillingen i oppgaven er todelt. Det ene som skal gjøres er å utforske utstrekningen av barns medbestemmelsesrett etter barnevernloven § 6-3 og innholdet i denne. Det andre som skal gjøres er å diskutere hvilken vektlegging denne medbestemmelsesretten har i forhold til andre momenter. Til dette knyttes det en interessant tematikk i forhold til hvilke barn som får uttale seg i egen barnevernsak, og når de har rett til å gjøre dette, på hvilken måte barnet får uttrykke seg og vektleggingen av barnets ønske, barnets krav på informasjon og barnets interesser i vurdering opp i mot foreldrenes interesser. Også konsekvensene som foreligger når barn ikke blir hørt vil bli berørt. For å svare på problemstillingen er det nødvendig å trekke fram praktiseringen av barns medbestemmelsesrett slik den fremgår i Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).

1.3 Avgrensning

Barns medbestemmelsesrett er også omtalt i andre lover enn barnevernloven, som i pasientrettighetsloven, adopsjonsloven, forvaltningsloven, vergemålsloven og barneloven. Allikevel vil ikke disse rettsområdene bli inkludert i oppgaven med mindre de har betydning for belysningen av barnevernloven § 6-3. Begrunnelsen for dette er at problemstillingen tar for seg saksbehandlingen etter barnevernsloven.

Oppgaven avgrenses ytterligere fra de saker der barn har selvbestemmelsesrett og får rett til å uttale seg og bli hørt i egen sak.⁷ Avgrensning må også foretas mot en spesiell behandling av barns medbestemmelsesrett i forhold til de enkelte tiltaksbestemmelser som omsorgsovertagelse, samværsavtale, tiltak i hjemmet, adopsjon og lignende. Oppgaven vil med andre ord utelukkende foreta en generell behandling av barns medbestemmelsesrett i barnevernsaker.

⁷ Denne distinksjonen mellom medbestemmelse og selvbestemmelse vil bli beskrevet ytterligere i kapittel 4.4.

1.4 Barneperspektiv

Det er vanlig å benytte et barneperspektiv ved juridiske tekster om barn. Det er et slikt utgangspunkt som også skal benyttes for å besvare problemstillingen i denne oppgaven. Et barneperspektiv vil være å se noe gjennom barnets synsvinkel med barnets betraktningssmåte. Det blir et spørsmål om å prøve å se barnets virkelighet med barnets øyne.⁸ Dette vil si at barnets situasjon vil i de aller fleste tilfeller være en overordnet referanseramme for den som skriver. Barneperspektivet blir svært ofte ivaretatt med henvisning til retten til “barnets beste” som en overordnet norm for den rettslige argumentasjonen. Ved å fremme fokuset på barns rettigheter og barnets beste i en helhetsvurdering, blir barneperspektivet prioritert i litteraturen, i avhandlinger og lignende.

2 Særskilte rettskildespørsmål i tilknytning til problemstillingen

Oppgavens utgangspunkt er bvl. § 6-3. Det er denne bestemmelsen som regulerer barns medbestemmelsesrett i barnevernsaker. Barnevernloven tar i hovedsak utgangspunkt i den grunnleggende organisasjonen samfunnet er bygget på, nemlig familien. Reguleringen av familielivet finner vi i barneloven. I barneloven er foreldreansvaret det sentrale begrepet, og i de tilfeller der foreldrene ikke tar ansvar for barnet, vil barnevernlovgivningen aktiveres. Bvl. § 6-3 kan derfor anses som et offentlig inngrep i foreldreansvaret. Som følge av dette vil også barnelovens regler og forarbeider ha rettslig betydning ved tolkningen av bvl. § 6-3.

Omfanget av Høyesterettspraksis i barnevernsaker er begrenset på enkelte områder. På disse områdene vil andre rettskilder få stor betydning. Når det gjelder underrettspraksis, vil deres avgjørelser sjelden ha rettskildemessig betydning når føringer allerede er lagt av Høyesterett.⁹ Men på områder der Høyesterett ikke har lagt føringer, kan underinstanser

⁸ Sandberg (2003) s. 32

⁹ Eckhoff (2000) s. 162

gjøre dette. Betydningen av underrettspraksis og Høyesterettspraksis vil i tillegg bli påvirket av at vi befinner oss på et område der internasjonal rett legger viktige føringer for rettsanvendelsen.

Barn er beskyttet gjennom de generelle menneskerettskonvensjonene. Internasjonal rett får med andre ord stor betydning i fremstillingen av gjeldende rett. For barn er det i første rekke EMK og FNs barnekonvensjon som har betydning. Konvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999.¹⁰ Menneskerettighetenes stilling er som følge av dette styrket i norsk rett. Et viktig problem som derfor må belyses er hva som skjer ved motstrid mellom norsk og internasjonal rett.

Problemstillingen om motstrid mellom barnevernloven og EMK kan for eksempel illustreres ved Adele Johansen-saken. I dommen konkluderer EMD med at barnevernet i Norge gikk utenfor sitt mandat da de inndro foreldremyndigheten til Adele Johansen, og all rett til samvær, med tanke på senere adopsjon.¹¹ Slike tiltak bør bare anvendes i ekstraordinære tilfeller da klagerens rett til familieliv ble fratatt. I denne saken hadde norske myndigheter brutt med folkeretten art. 8 i EMK. Nasjonal rett måtte vike for EMDs avgjørelse.

I utgangspunktet bygger norsk rett på et dualistisk prinsipp om at norsk rett og folkeretten er to uavhengige rettssystemer.¹² Forholdet mellom norsk rett og folkerettslige forpliktelser modifiseres noe etter presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet legger føringer for at det tolkningsalternativet som er i samsvar med folkeretten vil bli valgt der det foreligger ulike motstridene tolkningsalternativer ved vurderingen av gjeldende rett.¹³ Etter presumsjonsprinsippet kreves det av norsk rett at den skal være i samsvar med de

¹⁰ EMK er inkludert allerede fra mrls. opprinnelse i 1999, mens FNs barnekonvensjon ikke ble inkorporert i mrl. før i 2003.

¹¹ Johansen mot Norge 07.08.1996 premiss 84.

¹² Søvig (2008) s. 113.

¹³ Søvig (2008) s. 113.

folkerettslige forpliktelser som Norge er bundet av, det vil si traktater som Norge har ratifisert samt folkerettslig sedvanerett. Følgelig blir folkeretten en relevant rettskilde.¹⁴ Menneskerettighetene er også beskyttet gjennom Grunnloven § 110(c). Denne paragrafen pålegger staten å respektere og sikre menneskerettighetene.

Folkeretten blir som en følge av det dualistiske prinsipp ikke en del av norsk rett før en særskilt rettsakt foreligger. Det foreligger tre metoder for å gjennomføre en rettsakt. Dette gjøres ved transformasjon, konstatering av normharmoni og inkorporasjon.¹⁵ Ved *transformasjon* formuleres de nasjonale reglene i samsvar med de folkerettslige reglene. Mens *konstatering av normharmoni* medfører at det foretas en sammenligning mellom folkerett og norsk rett. Viser sammenligningen at det foreligger motstrid mellom folkerett og norsk rett, må enten norsk rett endres, eller Norge ta forbehold når traktaten tiltres. Traktaten i seg selv forblir uendret. EMK, SP og FNs barnekonvensjon er *inkorporert*, det vil si at det er gitt en lovbestemmelse, se mrl. § 2, som fastsetter at disse traktatene skal gjelde som norsk lov. Disse traktatene stiller derfor i en rettskildemessig særstilling i forhold til andre folkerettslige avtaler som ikke er inkorporert eller transformert.

Ved motstrid mellom norsk rett og konvensjonene i menneskerettsloven, vil konvensjonene gå foran på grunn av forrangsbestemmelsen i mrl. § 3. Høyesterett stilte tidligere et krav om at en folkerettslig regel måtte være klar og entydig for å bli gitt forrang i forhold til en internrettslig regel, se bølgepappkjennelsen, Rt. 1994 s. 610. Dette synet ble modifisert til å bli mindre strengt i plenumsdommen i Böhler-saken, Rt. 2000 s. 996. Det foreligger også prinsipielle diskusjoner om hvorvidt konvensjonene har høyere rang enn norsk lov som følge av Grl. § 110(c). Ett hovedargument som presenteres for at folkeretten har forrang, er at det vil koste Stortinget mye å oppheve eller endre menneskerettsloven i en retning som reduserer effekten av det internasjonale menneskerettighetsvernet i norsk rett. Årsaken er at menneskerettigheter har vært en rettesnor for norsk politikk i de senere tiår. En protagonist for dette perspektivet er Smith som hevder at folkeretten har en semi-konstitusjonell status:

¹⁴ Møse (2002) s. 172.

¹⁵ Møse (2002) s. 172.

“Forrang fremfor vanlig lov, men under Grunnloven”.¹⁶ Dette betyr at det blir henvist til menneskerettsloven i Grl. § 110(c) første ledd andre setning, og at denne loven ikke er en del av Grunnloven *per se*. Dersom konvensjonene var innarbeidet i Grunnloven, ville de automatisk ha forrang, men dette er ikke tilfelle i dag. Menneskerettighetene har forrang langt på vei på grunn av forrangsbestemmelsen i mrl. § 3.

I tillegg til diskusjonen som styrker konvensjonenes rettslige stilling i norsk rett, kom Høyesterett i 2002 med en endelig dom som tilsidesatte klarhetsprinsippet som gjeldende rett. Dommen, Rt. 2002 s. 557, hevder at “Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, se mrl. § 3.”¹⁷ I dommen blir klarhetsprinsippet byttet ut med et rettskildetolkningsprinsipp, med den følge at konvensjonsbestemmelsen går foran. Dette betyr at Høyesterett støtter opp under menneskerettskonvensjonenes sterke posisjon. I samsvar med det nye rettskildetolkningsprinsippet tilsidesatte Høyesterett i dommen norsk lov i et omfang som aldri tidligere har vært tilfelle. Begrunnelse var at den norske lovgivningen på flere områder var i strid med rettskraftregelen i EMK protokoll 7 art. 4(1).¹⁸

Konsekvensen av Rt. 2002 s. 557 er at Høyesterett pålegger norsk rettspraksis ved subsumering å følge EMD sin forståelse av EMK. Dette vil for eksempel si at EMK art. 8, som beskytter familielivet, og EMDs forhold til denne, skal benyttes i norsk rettspraksis også på barnevernområdet. Denne tankegangen har blitt kritisert av Eriksen. Eriksen kritiserte dommen som følge av at rettskildene til EMD er lite tilgjengelige. For det andre mente han at det skaper mye rot, forskjellsbehandling og unødvendige kostnader når rettshåndhevende myndigheter må bruke store ressurser på å innrette seg etter en

¹⁶ Carsten Smith (2006) s. 240.

¹⁷ Rt. 2002 s. 557 avsnitt 3 s. 565.

¹⁸ Eriksen (2005) s. 6.

konvensjonsforståelse Høyesterett mener er riktig, men som EMD senere ikke følger. Dette utløser igjen nye tolkningsspørsmål og uklarhet om hvilke regler som gjelder.¹⁹ Allikevel er det klart at EMD legger føringer for forståelsen av EMK, og årsaken er den samme som over, nemlig at menneskerettighetene har en grunnleggende forankring i norsk politikk, og at det derfor er retningsgivende for rettspraksis.

Det rettslige klageorganet som EMD er for EMK, står i en særstilling i forhold til FNs barnekonvensjon. FNs barnekonvensjon har ingen tilsvarende klagerettslig organ – det finnes ingen domstol som håndhever barnekonvensjonen. Overvåkingen av FNs barnekonvensjon skjer gjennom FNs barnekomité's kontroll av medlemslandene. FNs barnekomité kontrollerer medlemslandene gjennom å gi anbefalinger og kommentarer til rapporter som medlemsstatene sender inn. Rapportene inneholder hvilke tiltak medlemslandene har satt i gang for å overholde bestemmelsene i FNs barnekonvensjon. I tillegg til dette har barnekomiteen diskusjoner om særskilte emner eller rettigheter i såkalte “thematic discussions”; videre kan komiteen anbefale FNs Generalforsamling om å be generalsekretæren om å iverksette utredningsarbeid, se FNs barnekonvensjon art. 45(c).²⁰ For eksempel hadde barnekomiteen i 2006 en “General Discussion” om barns rett “To Speak, Participate and Decide - the Rights of the Child to be Heard”.²¹ Poenget med denne diskusjonen er å veilede konvensjonens medlemsland i tolkningen av bestemmelsen.

Barnekomiteens uttalelser vil ikke få den samme rettskildemessige betydning som individavgjørelser i EMD. Begrunnelsen for dette er at de generelle kommentarene og konklusjonene fra komiteen ikke fører til rettskraft mellom partene. I vurderingen av FN-komiteenes rettskildemessige betydning, kom Høyesterett nylig frem til en avgjørelse i forhold til FNs torturkomité. Saken gjaldt vedtak om tilbakesendelse av en asylsøker. FNs torturkomité anmodet at Norge ikke skulle tilbakesende asylsøkeren før komiteen hadde

¹⁹ Eriksen (2005) s. 6.

²⁰ Møse (2002) s. 169.

²¹ Committee on the Rights of the Child; Day of General Discussion on the right of the child to be heard (2006).

fått behandlet klagesaken. Han ble allikevel utsendt. Dommen viser at Høyesterett ikke fulgte en anmodning fra FNs torturkomité.²² Høyesterett uttaler i dommen; “EMK og SP gjelder som norsk lov, jf. mrl. § 2, og at de etter lovens § 3 har forrang ved motstrid. Torturkonvensjonen har ikke status som norsk lov. Så vel EMK som SP hjemler dessuten uttrykkelig en rett til å få spørsmålet om konvensjonsstrid effektivt prøvd for en uavhengig nasjonal myndighet. Torturkonvensjonen gir - slik jeg tolker den - ikke en tilsvarende rett.”²³ Videre sier den samme avgjørelsen: “Det er likevel grunn til å tilføye at den norske holdningen er at slike anmodninger skal tillegges stor vekt, og at de i utgangspunktet vil bli etterkommet så langt dette er mulig”.²⁴

Avgjørelsen viser at torturkomiteens anmodning i utgangspunktet skal tillegges stor vekt, men kan tilsidesettes dersom vesentlige grunner tilsier dette. Årsaken til at den kan tilsidesettes er at FNs torturkonvensjon ikke er en del av konvensjonene som er inkorporert gjennom mrl. § 2. Derfor bør vurderingen Høyesterett har tatt i forhold til torturkomiteens rettskildemessige betydning også kunne sies å gi føringer for betydningen av FNs barnekomités uttalelser med tanke på at FNs barnekonvensjon *er* inkorporert. Betydningen må sees i forhold til forskjellen mellom FNs torturkomité og FNs barnekomité. Høyesteretts uttalelse trekker således i retning av at uttalelser fra FNs barnekomité vil bli tillagt større vekt enn uttalelser fra toturkomiteen fordi FNs barnekonvensjon er inkorporert og torturkonvensjonen ikke er det.

²² Rt. 2008 s. 513 avsnitt 36.

²³ Rt. 2008 s. 513 avsnitt 36.

²⁴ Rt. 2008 s. 513 avsnitt 58.

3 Grunnleggende synspunkter om barns rett til å bli hørt

3.1 Vårt syn på barnet

Ifølge Stang har barnevernretten tradisjonelt vært gjennomsyret av tanken om at “det barn ikke vet, har det ikke vondt av”. Med den moderne rettsoppfatning av barnet, er dette snudd på hodet: “Det barn ikke vet, har det vondt av”.²⁵ Dette fremgår såvel også fra forarbeidene.²⁶ Videre kan denne endringen i synet på barnet også sies å fremgå i en mer samfunns- og filosofifaglig sammenheng der ledende forskere nå viser til samfunnsendringer som vektlegger at barn bør ha en utstrakt rettighetsbeskyttelse.²⁷ I forarbeidene “Om endringer i lov om menneskerettigheter (2002-2003)” understrekes det markant, i sin merknad om endringer til barnevernloven, at barn som er i stand til å ytre sine ønsker, skal lyttes til. Som en konsekvens av dette må barnet gis tilstrekkelig informasjon slik at barnet skal kunne fatte beslutninger det er verdt å lytte til. Her understrekes det at barnet bør få en oversikt over eget liv.²⁸ De voksne er nødvendige informanter i denne prosessen. Denne tankegangen har åpnet opp for at barn skal være mer deltagende i eget liv. Barnet skal informeres og være med i beslutningsprosessen. Gjennom en slik prosess blir barnet ansett som et eget rettssubjekt.

Vårt syn på barnet har endret seg i takt med samfunnsutviklingen. Dette kan vi si har forplantet seg i våre grunnrettigheter og verdigrunnlag som igjen er bakteppet for barnerettens tilblivelse. Gjennom grunnrettighetene og verdigrunnlagets moderne utforming kan vi nå si at barnet blir sett.

²⁵ Stang (2007) s. 67-68.

²⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 12

²⁷ Archard og Macleod (2002) s. 3 og Mevik (1998).

²⁸ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 62 pkt. 10.5.

3.2 Barnets grunnrettigheter

Grunnrettigheter er de rettsbeskyttende posisjoner og verdier som vi, etter våre kulturnormer eller vårt menneskesyn, anser som nødvendige forutsetninger for å ha et verdig liv. Det er de rettigheter som etter sitt innhold er grunnleggende. Grunnrettighetene er med andre ord ikke avhengige av hva som kommer til uttrykk i positiv rett, og de kan gi retning til den juridiske drøftelsen. Grunnrettighetene representerer de store linjene i det rettsstoffet som angår individer.²⁹ Vi kan med dette si at barns grunnrettigheter beskytter barnet og anerkjenner barnet som et rettssubjekt.

Grunnrettighetene kan sies å ha vært bakteppet for at Norge har vedtatt å inkorporere folkeretten. For barn er det først og fremst FNs barnekonvensjon som fremmer grunnrettighetene, som en følge av rettighetene kan vi i dag si at barn har et legitimt krav på et verdig liv. Som grunnrettigheter av særlig betydning for barn, vil konvensjonene beskytte retten til liv og utvikling, retten til integritet og verdighet, retten til omsorg og retten til deltagelse. De tre siste vil nå bli presentert.

Retten til verdighet kommer indirekte frem som en rettighet blant annet gjennom bestemmelser om torturforbud, vern av barn mot omsorgssvikt, rettigheter til utdanning og retten til deltagelse.³⁰ Verdighet er en erkjennelse av barnets iboende verdi som selvstendig menneske, med den konsekvens at barnets integritet ikke skal krenkes. Barnet skal med andre ord respekteres for egen personlighet, ideer, ønsker og behov. Barnets verdighet går ut på å la barnet slippe til, prøve seg og uttale seg.³¹ Retten til verdighet henger sammen med *retten til integritet* gjennom at barnet skal respekteres for det det er.

Retten til omsorg vil avhenge av barnets behov ut fra alder, livserfaringer, interesser og den konkrete situasjon. En lik rett til omsorg for alle barn vil derfor ikke ha den konsekvens at alle får den samme typen omsorg. Den er med andre ord relativ til det enkelte barns

²⁹ Sandberg (2003) s. 85.

³⁰ FNs barnekonvensjon art.3,6,13,14,16,19,28,32,34,36 og 37.

³¹ Stang (2007) s. 75.

behov.³² *Retten til deltagelse* og barnets omsorg vil derfor gå over i hverandre – man vil få et bedre bilde av et barns omsorgsbehov dersom barnet er i stand til å delta i sitt eget liv.

Disse grunnrettighetene gir uttrykk for våre verdinormer, vårt menneskesyn og hvilket fokus vi har i dagens samfunn. Rettslige prinsipper er i motsetning til grunnrettighetene en del av gjeldende rett som tolkningsverktøy. En rettsanvender vil være pliktig til å legge vekt på prinsippene ved avgjørelser. De tre mest fremstående prinsippene i barneretten er barnets beste, det biologiske prinsipp og det minste inngreps prinsipp.³³

3.3 Barnevernrettslige prinsipper

Når det skal undersøkes hvilke verdier som ligger bak reglene i barnevernloven, er det naturlig å ta utgangspunkt i barnets beste, det biologiske prinsipp og minste inngreps prinsipp.³⁴ Prinsippene viser noen grunnleggende verdier samfunnet vårt bygger på, og de viser hvorfor barn bør ha medbestemmelsesrett.

3.3.1 Barnets beste

Det overordnede prinsipp i barnvernlovgivingen er prinsippet om barnets beste. Prinsippet har sitt grunnlag i norsk rett i bvl. § 4-1 og FNs barnekonvensjon art. 3(1). Prinsippet viser hvem som er den sentrale personen i barnvernlovgivningen og hvem fokuset skal være på i vurderingen av barneverntiltak. Ifølge FNs barnekonvensjon art. 3(1) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, “a primary consideration”. Den alminnelige tolkningen tilsier at det skal foreligge en generell interesseavveining mellom barnets beste og andre relevante interesser. Dette fremgår som en følge av at det er brukt “a” og ikke “the”

³² Sandberg (2003) s. 95.

³³ Noen hevder at legalitetsprinsippet også hører hjemme her, se Sandberg (2003) s. 35, men dette prinsippet er ikke barnevernsspesifikt, NOU 2000: 12 pkt. 15.2 s. 245.

³⁴ NOU 2000: 12 pkt. 15.2 s. 245.

primary consideration.³⁵ Allikevel er det antatt at barnets rettslige stilling skal veies som om det stod “the”, da konvensjonens øvrige artikler er klare på at barnets beste skal veie tyngre enn andre interesser.³⁶ Barnets beste som rettsprinsipp i FNs barnekonvensjon vil medføre en stor variasjon i implementeringen. Dette fordi medlemsland har ulike forutsetninger for å imøtekomme prinsippet om barnets beste – prinsippet blir derfor relativt til det utviklingsnivået barnevernet kan sies å ha i de respektive stater hvor konvensjonen skal gjelde.³⁷ Dette viser at barnets beste er, grunnleggende sett, et verdispørsmål om barns menneskeverd, barns følelser, smerte og glede. Det er barnets individuelle situasjon her, nå og i dette samfunnet som vurderes.

For å komme frem til barnets beste i forhold til hvert enkelt barns individuelle situasjon er det viktig å få detaljkunnskap om barnet. Det er her barnets mening vil ha vesentlig betydning. I tillegg til barnets mening vil også andre momenter vurderes, blant annet biologiske bånd, kontinuitet og stabilitet i omsorgssituasjon, samt sekkebestemmelsen om barnets behov og interesser.³⁸ Barnet vil være den sentrale personen i en helhetsvurdering der disse momentene vektlegges. Dette tilsier at barnet selv skal være deltagende i prosessen for å komme frem til barnets beste dersom barnets modning, alder og utvikling tilsier det. Barnet skal ikke bare si sin mening, men meningen skal tas i betraktning i vurderingen.³⁹ Derfor kalles det *medbestemmelse*.

I en juridisk sammenheng vil man derfor kunne si at barnets beste kommer inn som et reelt hensyn i tolkningen av de enkelte lovbestemmelser. Vektleggingen av barnets beste som det reelle hensynet vil variere etter hvor mye som står på spill for barnet. Vektleggingen er derfor en avveining av barnets beste opp mot andre rettskildefaktorer. Viktigst i denne

³⁵ Allikevel vil et primært hensyn neppe være primært lengre om noen andre hensyn får forrang – da blir nødvendigvis barnets beste et sekundært hensyn.

³⁶ Stang (2007) s. 23.

³⁷ Haugli (b) (2004) s. 346.

³⁸ Sandberg (2003) s. 61-64

³⁹ Sandberg (2003) s. 63.

avveiningen av barnets medbestemmelsesrett er å komme frem til hva som er barnets beste ved vurdering av implementering av eventuelle tiltak. Dette kan vi også lese ut fra den norske benevnningen av barnets beste som rettsprinsipp. Ifølge bvl. § 4-1 skal prinsippet tillegges “avgjørende vekt” ved vurderingen av implementeringen av tiltaket.⁴⁰ Et eventuelt tiltak vil derfor bero på de ulike momentene som vist ovenfor.

3.3.2 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp tilsier at foreldrene har ansvaret for barnet og skal sørge for at barnet får den omsorgen det trenger. Dette framgår fra bl. § 30. Også når det er betydelige svakheter i hjemmet er lovens ordning at barnet i utgangspunktet skal leve i et vanlig familiemiljø sammen med egen mor, far og søsken.⁴¹ Barn som ikke kan bo sammen med foreldrene får ofte samværsrett for å opprettholde kontakten.

Det biologiske prinsipps stilling som utgangspunkt har ikke kommet direkte frem i barnevernlovgivningen, men flere bestemmelser, eksempelvis samværsretten, bygger på prinsippet. Til tross for at det biologiske prinsipp ikke er nevnt eksplisitt kan vi allikevel lese dette ut fra forarbeidene som ledet til bvl. § 4-1 andre punktum om “stabil voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”. I innstillingen fra forbruker- og administrasjonskomiteen fremgår det at dette ble innført fordi kontakten med biologiske foreldre skulle opprettholdes “så langt dette er forsvarlig”.⁴²

Selv om prinsippet ikke eksplisitt har kommet frem i lovgivningen, benyttet Høyesterett for første gang uttrykket det “biologiske prinsipp” i 1991, se Rt. 1991 s. 668.⁴³ Dommen henviste til Rt. 1984 s. 289. Avgjørelsen fra 1984 uttrykker en normalordning der barnet

⁴⁰ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 28 kap. 4 pkt. 4.1.

⁴¹ Tjomsland (2003) s. 12.

⁴² Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 13.

⁴³ Rt. 1991 s. 668, s. 670.

skal vokse opp hos sine foreldre, eller tilbakeføres etter omsorgsovertagelse.⁴⁴ Selv om det biologiske prinsipp kan sies å være det prinsipielle utgangspunkt for ethvert inngrep i et barns liv, kan prinsippet fravikes dersom det bærende formål bak lovgivningen, hensynet til “barnets beste”, åpner for dette.⁴⁵

Det biologiske prinsipp verner om familielivet. Prinsippet har derfor betydning for barns medbestemmelsesrett der foreldre og barn har like interesser i forhold til å leve sammen som en familie. Her vil det biologiske prinsipp og prinsippet om barnets beste være sammenfallende. I tilfeller der foreldre og barn har ulike interesser, vil det biologiske prinsipp først og fremst verne foreldrene mot inngrep fra lovgiver, mens prinsippet om barnets beste vil verne barnets interesser.⁴⁶

3.3.3 Minste inngreps prinsipp

I tillegg til prinsippene som er beskrevet over bygger barnevernloven på det minste inngreps prinsipp. Prinsippet går ut på at barneverntjenesten ikke skal benytte strengere tiltak enn det som er tilstrekkelig for å oppnå formålet.⁴⁷ Dette er nedfelt i flere av barnevernlovens bestemmelser om tiltak, for eksempel bvl. § 4-12.

Prinsippet har sammenheng med forholdsmessighetsprinsippet som går ut på at fordelene ved tiltaket skal oppveie ulempene. Det er i denne vurderingen barns medbestemmelsesrett kommer inn. Ved kartleggingen av fordeler og ulemper ved tiltakene, bør barn høres slik at barneverntjenesten kommer frem til det mildeste inngrep som er nødvendig.⁴⁸

Begrunnelsen for dette vil være den samme som for prinsippet om barnets beste, da det mildeste inngrep vil være i henhold til barnets beste.

⁴⁴ Rt. 1984 s. 289, s. 297.

⁴⁵ Tjomsland (2003) s. 12.

⁴⁶ Nærmere om forholdet mellom barn og foreldres interesser i kapittel 4.8 og 4.9.

⁴⁷ Sandberg (2003) s. 40.

⁴⁸ Mer om forholdsmessighetsprinsippet i kapittel 4.9.

4 Barns rettigheter under saksbehandlingen etter bvl. § 6-3

4.1 Plassering av bvl. § 6-3 i forhold til barneretten

Barnevernloven er en del av barneretten. Som en følge av at barnevernretten tar opp forholdet mellom borgere og forvaltning, er den også omtalt som en del av spesiell forvaltningsrett og sosialretten.⁴⁹ Forholdet mellom forvaltningen og barnet oppstår når barneverntjenesten griper inn der barn ikke får tilstrekkelig omsorg.

Barnevernlovens formål er å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår og nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, se bvl. § 1-1. Barnevernloven gjør dette gjennom regulerte bestemmelser som fremmer tiltak for å bedre barnets situasjon. Det foretas en individuell vurdering av hvert enkelt barns situasjon for å komme frem til hvilke(t) tiltak som skal iverksettes. Det er gjennom denne saksbehandlingen at problemstillingen om barnets medbestemmelsesrett kommer inn. Bvl. § 6-3 er derfor en del av det generelle saksbehandlingskapittelet i barnevernloven.

I utgangspunktet er det forvaltningslovens bestemmelser som gjelder for saksbehandlingen, men der barnevernloven har særbestemmelser for saksbehandlingen er disse gjeldende, se bvl. § 6-1. Bestemmelsen om barnets rettigheter under saksbehandlingen i bvl. § 6-3 er en slik særbestemmelse. Rettighetene i bvl. § 6-3 regulerer uttalelsesretten til barn i egen barnevernsak.

Uttalelsesretten til barn sees i en juridisk sammenheng gjennom at utgangspunktene for barns selvbestemmelse eller medbestemmelse over egen situasjon i barneloven og vergemålsloven tydeliggjøres. Videre følger derfor utgangspunktene for vurderingen av bvl. § 6-3.

⁴⁹ Sandberg (2003) s. 25.

4.2 Utgangspunktene for vurderingen av bvl. § 6-3

I utgangspunktet blir ikke barn voksne før de har nådd den alminnelige myndighetsalder på 18 år. Det er da de får selvbestemmelse, eller full rådighet, over eget liv og dermed kan treffe avgjørelser selv, se vergemålsloven § 1.⁵⁰ Før barnet får full rådighet over egen situasjon må det foreligge en særskilt regulering av hvem som skal treffe beslutninger og hvem som skal ha uttalelsesrett i saker som angår barn.

Hovedregelen er at foreldrene har beslutningsrett og uttalelsesrett i forhold til barnets situasjon, slik vi kan lese ut fra det biologiske prinsipp. Foreldrene har plikt og rett til å bestemme over barna med barnets behov og interesser for øye, se bl. § 30 og FNs barnekonvensjon art. 5. Begrunnelsen for regelen er ikke at foreldrene skal ha en slags eiendomsrett over barna, men en omsorgsplikt for dem.⁵¹ Bestemmelsesretten og omsorgsplikten til foreldrene går ut på at de kan ta avgjørelser i barnets “personlege tilhøve”, se bl. § 30. Det betyr at alle avgjørelser som ikke gjelder økonomiske forhold, og som dermed faller utenfor vergemålslovens regler, skal treffes av foreldrene. Dette vil være avgjørelser som for eksempel omhandler hvor barnet skal bo, samværsrett og barnets fritidssysler.

Avgjørelser som foreldrene treffer i forhold til barnets liv vil uunngåelig prege barnets hverdag. Foreldrenes avgjørelser vil medvirke i barnets sosialiseringsspross, det vil si forme barnets identitet og oppfatning av tilhørighet. Foreldrenes bestemmelsesrett kan derfor av hensynet til barnet ikke være absolutt. Foreldrenes sterke påvirkningskraft kan virke uheldig inn på barnets utvikling. Bestemmelsesretten er derfor begrenset av konkrete regler som har til formål å verne barns interesser og barnets krav på omsorg. Eksempler på slike konkrete regler som gir barn medbestemmelsesrett i takt med alder og modning er Barneloven § 31, § 33, FNs barnekonvensjon art. 12 og barnevernloven § 6-3.

⁵⁰ Smith og Lødrup (2006) s. 120. Selv om barnet er myndig, vil ikke foreldrenes omsorgsplikt opphøre fullstendig, se inst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 10. Allikevel vil barnet få total juridisk bestemmelsesrett over personlige og økonomiske forhold innen for de alminnelige grenser som lovgivningen setter.

⁵¹ Smith (1981) s. 424.

Den gjeldende formuleringen av bvl. § 6-3 bygger på FNs barnekonvensjon og bl. § 31.⁵² Det avgjørende her er at barn fra 7 år og oppover, og også yngre barn som er i stand til det, skal kunne uttale seg i saker som affekterer dem. Bestemmelsen skal som utgangspunkt regulere barns medbestemmelsesrett under saksbehandlingen av barnevernsaker og er derfor en innskrenkning av foreldres bestemmelsesrett. Begrunnelsen for innføringen av regelen var at foreldrene kunne hevde å verne barnets interesser, mens det i realiteten var foreldrenes egne behov og interesser de ivaretok. Dette førte til at barna fikk et behov i forhold til å ta vare på og fremme egne interesser.⁵³

Barnets rettigheter og interesser i eget liv ble styrket i 2003. Barnevernloven ble på lik linje med flere andre lover endret som følge av at FNs barnekonvensjon ble inkorporert i mrl. § 2, gjennom tilføyselsen av et nytt nr. 4 ved lovendring 1.8.2003 nr. 86, i kraft 1.10.2003. Bvl. § 6-3 var en av bestemmelsene som ble endret for å styrke barnets rettigheter i saksbehandlingen.

4.3 Bakgrunnen for lovendringen i 2003

Inkorporeringen av FNs barnekonvensjon ble foretatt for å synliggjøre barns rettigheter. Med inkorporeringen fikk konvensjonen stor tyngde og gjennomslagskraft som førte til lovendringer i norsk rett. I forhold til barnevernloven var bakgrunnen for lovendringen et ønske om å innarbeide FNs barnekonvensjon art. 12 om medbestemmelsesrett i norsk rett.⁵⁴ FNs barnekomité har foreslått omfattende strategier for å gjennomføre retten etter art. 12. De oppfordrer statene til å “ensure that article 12 is adequately integrated in all relevant domestic laws, regulations and administrative instructions”.⁵⁵ Barnets rett til å gi uttrykk for sitt syn, må derfor være en del av den nasjonale lovgivingen, og setningen om at barn

⁵² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 80 pkt. 6.3, Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 17 pkt. 4.1.3.5 og s. 29 pkt. 5.2.1.

⁵³ Smith (1981) s. 427.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 29 pkt. 5.2.2.

⁵⁵ Day of General Discussion (2006) avsnitt 42.

skal høres i alle saker som angår barnet, må innarbeides i landets saksbehandlingsregler. Norsk rett innarbeidet art. 12 i norsk lovgivning ved at aldersgrensen for barns uttalelsesrett ble senket fra 12 år til 7 år, se bvl. § 6-3 første ledd. Betydningen av dette i forhold til gjeldende rett vil vises nedenfor.⁵⁶

Lovendringen i bvl. § 6-3 har ført til endringer i barneverntjenestens oppgaver. Barnets mening skal nå tydeliggjøres i barneverntjenestens arbeid. Saksbehandling og rutiner må som følge av dette, endres. Barnet skal nå bli sett, hørt og informert før et eventuelt tiltak vedtas. Endringen får konsekvenser for barneverntjenestens, sakkyndiges, advokaters og dommeres oppgaver. Deres roller eller arbeidsmåter ved saksbehandlingen i barnevernsaker må endres som følge av lovendringen i § 6-3.

4.4 Forholdet mellom barns medbestemmelse og selvbestemmelse

Før oppgaven tar for seg fremstillingen av barns medbestemmelsesrett, er det et behov for å avgrense medbestemmelsesretten mot barns selvbestemmelsesrett. Et annet begrep for selvbestemmelsesretten er selvråderetten. I utgangspunktet oppnås dette i en alder av 18 år, se vgml. § 1. I særskilte tilfeller får barn selvbestemmelse i tidligere alder. Et slikt særskilt tilfelle er partsrettigheter. Dette er beskrevet i bvl. § 6-3 andre ledd, og leddet omhandler barn eldre enn 15 år dersom de forstår hva saken gjelder. Den samme rettigheten har barn med adferdsvansker og barn under 15 år som fylkesnemda har innvilget partsrettigheter til, se bvl. § 6-3 andre ledd. Når barnet er innehaver av partsrettigheter innebærer dette en rett til dokumentinnsyn, en rett til å påklage vedtak, en rett til å bringe saken inn til domstolen på egenhånd og en rett til å la seg bistå av en advokat.⁵⁷ Barna får gjennom partsrettighetene den samme rettsevne og prosessuell handleevne som voksne. Partsrettighetene medfører at barnet får rett til å uttale seg i egen sak som går ut over bare å ha en medbestemmelse. Første leddet i bvl. § 6-3 og FNs barnekonvensjon art. 12 handler derimot om barna som er yngre enn 15 år og som i de fleste tilfeller *ikke* kan få

⁵⁶ Nærmere i kapittel 4.5.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 40 pkt. 5.3.3.2, Smith og Lødrup (2006) s. 122.

partsrettigheter. Medbestemmelsesretten problematiseres i utgangspunktet i forhold til barn under 15 år.

4.5 Nærmere om barns rett til å ytre seg og bli hørt

Bvl. § 6-3 første setning lyder:

“Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne.” Det må med andre ord foretas en konkret vurdering av kognitive evner hos barn yngre enn 7 år, mens barn eldre enn 7 år har en ubetinget rett til å bli hørt. Bvl. § 6-3 første ledd andre punktum fastsetter at synspunktene som fremmes av barna skal gis økende vekt med alder og modning.

4.5.1 Ubetinget rett til å uttale seg – barn eldre enn 7 år

Barn eldre enn 7 år har en ubetinget rett til informasjon og til å uttale seg før det tas avgjørelser i en barnevernsak som berører barnet. Barn som er over aldersgrensen har dermed en uttalelsesrett uavhengig av individuelt utviklingsnivå eller modenhet. Dette kan beskrives som barnets rettssikkerhetsgaranti i forhold til at barnets sak skal behandles på mest mulig betryggende måte og gi et rettferdig resultat gjennom at barnet får uttale seg og bli hørt.

Et problem som nå oppstår er om barnet har plikt til å uttale seg. Ifølge bvl. § 6-3 første ledd skal barnet “gis anledning” til å uttale seg. Dette støttes av FNs barnekonvensjon art. 12(2) der barn skal gis “the opportunity to be heard”. I dette ligger det en forutsetning om at barnet ikke har en plikt, men en rett til å uttale seg. En rett til å uttale seg innebærer at barnet selv bestemmer når det ønsker å gi uttrykk for sin mening. Der barnet har fått synspunkter i anledning saken eller ingen ønsker om å fremme egne meninger, skal dette respekteres.⁵⁸ “Respekten” det her siktes til, oppnås ved at barnet blir gjort klar over sin

⁵⁸ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 33 pkt. 5.2.2.4.

egen rett til å velge om det vil uttale seg eller ikke, og barnet må ikke på noen måte føle seg presset til å avgi en slik uttalelse. Begrunnelsen for at barnet må ha valgfrihet ligger i det kontradiktoriske prinsipp. Ifølge dette prinsippet har foreldrene rett til innsyn i saksopplysningene som har betydning for en avgjørelse. Dersom barnet har benyttet seg av medbestemmelsesretten i denne saken, altså uttalt seg, så kan foreldrene få innsyn i dette. Derfor må barnets valg respekteres i forhold til om det ønsker å unngå å leve med konsekvensene av sine uttalelser, iallfall dersom frykten for f.eks. represalier fra foreldrene skulle kunne tenkes å være høyst reell. Videre må det understrekes at foreldrene må ha innsynsrett for at de skal kunne forsvare seg mot opplysninger i saken.⁵⁹

Resultatet av barnets rett til å velge, kan bli at barnet ikke ønsker å uttale seg om et konkret tiltak, men at barnet kun generelt ønsker å uttale seg om egen situasjon. Vurderingen blir om barnet har anledning til dette? Ifølge barnevernloven skal barnet gis anledning til å uttale seg før det tas en avgjørelse. Dette trekker i retning av at bvl. § 6-3 første ledd skal tolkes som om barnet *må* uttale seg om et konkret forslag til løsning av den konkrete omsorgssituasjonen. Det vil si at barnet ikke kan si noe generelt om egen situasjon, men at det må komme med opplysninger som kan anvendes i vurderingen av det spesifikke tiltak. Barneombudet uttalte seg om dette i NOU 2000: 12. Barneombudet uttrykker at når barn befinner seg i en marginalisert livssituasjon, blir det viktig at de får gitt uttrykk for sine ønsker og behov uavhengig av hva dette omfatter, dette vil si uavhengig av det spesifikke tiltak.⁶⁰

Forarbeidene til bvl. § 6-3 gir uttrykk for tilsvarende syn i forbindelse med barns medbestemmelsesrett. Forarbeidene uttrykker at det er tilstrekkelig at barnet uttaler seg om det som er temaet, og uttalelsen trenger ikke å omhandle sakens utfall. Lovgivers anføringer, slik de fremgår av forarbeidene til menneskerettsloven, er dermed at barnet skal få uttale seg om forhold det selv ønsker.⁶¹ Dette trekker i retning av at barnet skal få uttale

⁵⁹ Mer om partenes krav på innsyn og kontradiksjon; se forvaltningsloven § 17 - § 19

⁶⁰ NOU 2000: 12 s. 71 pkt. 5.7.

⁶¹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 33 pkt. 5.2.2.4.

seg uavhengig av om meningen har betydning for avgjørelsen. Høyesterett støttet opp om dette synet i Rt. 2007 s. 561. I forhold til denne saken uttalte en 9 år gammel gutt at fosterforeldrene skulle få bestemme alt. Den sakkyndige tolket dette i retning av at gutten fortsatt ønsket å bo med fosterforeldrene, og at han ønsket å bli adoptert.⁶² Dette viser at barnet uttalte seg om temaet, og at uttalelsen ble tolket slik at det passet i forhold til vurdering av tiltak. Eventuelle begrensninger i forhold til hva barnet kan uttale seg om, kan føre til at barnet blir usikkert i forhold til hva det kan si. En konsekvens av dette kan bli at barnet unnlater å benytte seg av uttalelsesretten.

Som følge av at barnet kan sies å ha en rett og ingen plikt til å uttale seg, vil fremstillingen videre vise gjeldende rettspraksis og anvendelsen av medbestemmelsesretten i forhold til barn eldre enn 7 år.

Høyesterett trekker i Rt. 2006 s. 1308 frem at en jente på nesten 15 år har krav på å lyttes til og bli tatt alvorlig.⁶³ En jente som nærmer seg 15 år er moden og nærmer seg aldersgrensen for å få slike partsrettigheter som fremgår av bvl. § 6-3 andre ledd. Høyesteretts syn har god forankring i to EMD-avgjørelser, Bronda mot Italia og L mot Finland. I dommene fikk to jenter på 14 år rett til å uttale seg.⁶⁴ Dette viser at Høyesterett og EMD legger føringer for at uttalelsesretten blir overholdt når det gjelder barn i ungdomsårene.

Når det gjelder yngre barn unnlot Høyesterett å spørre barn på 11 og 9 år om deres mening angående adopsjon i Rt.1997 s. 534. Det samme skjedde i Rt. 1993 s. 671 og Rt. 2000 s. 1315. Imidlertid er disse dommene overens med aldersbegrensningen for barns medbestemmelsesrett på 12 år, se daværende bvl. § 6-3. Selv om avgjørelsene var overens med nasjonal rett, var de i strid med EMDs praksis. EMD kom allerede i 1992 med to

⁶² Rt. 2007 s. 561 avsnitt 60.

⁶³ Rt. 2006 s. 1308 avsnitt 60.

⁶⁴ Broda mot Italia 09.06.1998 premiss 60 og 64, L mot Finland 27.04.2000 premiss 117.

avgjørelser som la avgjørende vekt på barns uttalelser i delspørsmål i saken.⁶⁵ I Rieme mot Sverige uttalte EMD at “Susanne was mature for her age and had become increasingly able to express her own views”.⁶⁶ EMD kom frem til at uttalelsen til en jente på 10 år skulle vektlegges. Dette kom de frem til gjennom at barnets behov for gradvis tilnærming til faren i en gjenforeningssak ble tillagt større vekt enn farens interesser i å bli gjenforent med barnet. Mens i Olsson mot Sverige nr. 2 kom “wishes of the children” i alderen 8 til 16 til syne.⁶⁷ Dette viser at EMD tidlig la grunnlag for at barns uttalelser hadde betydning for avgjørelsen i saken.

EMD har gitt klare retningslinjer for at barn skal bli hørt, se Elsholz mot Tyskland.⁶⁸ Saken gjaldt spørsmål om samværsrett med barn på 13 år. I saken uttalte dommerne at nasjonal rett ikke hadde tatt barnets mening i betraktning og undersøkt realiteten i den godt nok, “in order to evaluate the child’s statements”. EMD vurderte at barnets mening skulle kommet tydeligere frem ved å “explore the true wishes of his child”. Begrunnelsen for avgjørelsen påviser viktigheten av å få frem barnets mening i slike avgjørelser.

Høyesterett fulgte etterhvert opp EMDs praksis i Rt. 1999 s. 1883 da barn på 12 og 10 år fikk uttrykke sin mening som følge av barnets utvikling og modenhet.⁶⁹ I denne dommen uttrykkes grunnrettighetene som ligger i dommene fra EMD om at barns oppfatning er av betydning for opplysning av barnets situasjon.⁷⁰ Allikevel kan man konkludere med at før lovendringen i 2003, var Høyesterett uklar i forhold til betydningen av barns uttalelsesrett dersom de var under 12.

⁶⁵ Rieme mot Sverige 22.04.1992, Olsson mot Sverige nr. 2 28.11.1992.

⁶⁶ Rieme mot Sverige 22.04.1992 premiss 73 og 22.

⁶⁷ Olsson mot Sverige nr. 2 28.11.1992 premiss 89.

⁶⁸ Elsholz mot Tyskland 13.07.2000 premiss 52.

⁶⁹ Dommen ble avgitt 12. januar 1999. Mrl. ble innført som lov i 13. mai 1999. Dette vil si at Høyesterett endret syn på retten til å uttale seg helt ned til barn på 10 år. Selv om dette var i tråd med EMDs praksis så var ikke dette i tråd med på det tidspunkt bvl. § 6-3.

⁷⁰ Rt. 1999 s. 1883, s. 1891.

Etter lovendringen i 2003 har det ikke vært trukket i tvil at barneverntjenesten plikter å spørre barn over 7 år om deres mening.⁷¹ Dette er fulgt opp av Høyesterett i Rt. 2004 s. 1046 og Rt. 2004 s. 1683. I dommene ble to jenter i en alder av 7 år gitt anledning til å uttale seg gjennom sakkyndig.⁷² I Rt. 2004 s. 1046 var jenta klar på at hun ikke ønsket samvær med foreldrene, og dette ble tillagt stor vekt.⁷³ Avgjørelsene viser at Høyesterett er lojale i forhold til lovendringen av bvl. § 6-3 i 2003.

Selv om Høyesterett er lojale viser lagmannsrettsavgjørelser ulik praktisering av bvl. § 6-3. I fem lagmannsrettsavgjørelser fra 2006 og 2007 har sju barn i alderen 7 til 14 år ikke fått uttale seg i egen barnevernsak.⁷⁴ Sakene gjelder omsorgsovertagelse og samvær. Derimot viser lagmannsretten i to avgjørelser til viktigheten av å høre en 10 år gammel jente og 14 år gammel gutt.⁷⁵ I og med at dommene viser at lagmannsretten i fem av sju saker går på tvers av lovendringen samt Høyesteretts forståelse av lovendringen, foreligger det ingen gode grunner til å tillegge lagmannsrettsdommene noen betydning for forståelsen av gjeldende rett. Avgjørelsene får dermed begrenset rettskildemessig verdi. Allikevel kan praksis fra lagmannsretten belyse anvendelsen av bvl. § 6-3. Når lagmannsretten i fem av sju avgjørelser ikke har gitt barnet muligheten til å uttale seg, vil dette være i strid med lovgivers intensjon med medbestemmelsesretten og folkerettens ivaretagelse av barns rettigheter. Det er rettsstridig dersom underrettspraksis ikke følger Høyesteretts lojalitet til lovendringen i 2003.

Fremstillingen ovenfor viser at barn eldre enn 7 år skal få uttale seg, og at Høyesterett og folkeretten legger føringer for at dette nå skal skje i enhver saksbehandling som angår barnet. Spørsmålet videre blir hvordan uttalelsesretten er for barn yngre enn 7 år.

⁷¹ Rt. 2006 s. 1308 avsnitt 56, Rt. 2005 s. 624 avsnitt 40, Rt. 2004 s. 999 avsnitt 54, Rt. 2006 s. 1672 avsnitt 47.

⁷² Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 60, Rt. 2004 s. 1683 avsnitt 58.

⁷³ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 60 og 62.

⁷⁴ LH-2007-22456, LE-2007-027111, LG-2007-35078, LE-2007-14361, LA-2006-145423.

⁷⁵ LB-2006-143588 avsnitt 3.4, LA-2006-126359.

4.5.2 Skjønnsregelen – barn yngre enn 7 år

I bvl. § 6-3 første ledd første punktum, fremgår det at barn yngre enn 7 år har uttalelsesrett dersom de er “i stand til å danne seg egne synspunkt”.⁷⁶ Barn yngre enn 7 år har dermed ikke en ubetinget uttalelsesrett, men det må foretas en konkret helhetsvurdering i forhold til om barnet er i stand til å ytre sin egen mening. Det blir som følge av dette en vurdering om hvilke forutsetninger barnet har for å “danne seg egne synspunkt”, og ikke om det er ønskelig at barnet får uttrykke sin mening. Det skal heller ikke vurderes om meningen er treffende for saken eller er saklig nok.⁷⁷ Vurderinger i forhold til barnet kan være hvor språkkyndig det er, forståelsesevnen til barnet og evnen barnet har til å uttrykke seg. FNs barnekonvensjon art. 12 vil gi føringer i forhold til slike vurderinger.⁷⁸

FNs barnekonvensjon art. 12 fremmer også at barn må kunne danne sine egne synspunkter for å ha uttalelsesrett ved “the child who is capable of forming his or her own views...”. Barnets evne til å danne seg en egen mening legger dermed visse føringer for aldersbegrensningen ved uttalelsesretten. I vurderingen av aldersbegrensningen må barns utvikling kartlegges. I forhold til et utviklingsperspektiv får barn som er cirka 2 år språklige evner. Barn kan allerede fra denne alderen danne seg en mening om hva de vil ha på brødskenen og lignende.⁷⁹ Barn utvikler seg videre ved at de også får forståelse av verden rundt seg, og at de kan vise former for innsikt i egen situasjon fra 3–4-årsalderen. Barn i denne alderen kommer ofte med spørsmål om jordens eksistens, om Gud finnes, om luft kan lages, om hvor stor himmelen er osv.⁸⁰ Utviklingen viser at barna har en forståelse av det som skjer rundt dem, og at de kan oppfatte hva som skjer i egen situasjon. Med denne

⁷⁶ I lovteksten står det “å danne eget synspunkt”. Dette bør tolkes som at barnet må være modent nok slik at det faktisk er et poeng å lytte til det. I forarbeidene står det at å være i stand til å *danne* egne synspunkt kan anses som en forutsetning for at det skal være et poeng at de faktisk *ytrer* egne synspunkter, se Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 62 pkt. 10.5.

⁷⁷ Oppedal (2007) s. 397.

⁷⁸ Kommer nærmere inn på dette i kapittel 4.5.3.

⁷⁹ Barnekonvensjonen (2008) s. 84.

⁸⁰ Stang (2007) s. 111

oppfattelsen kommer også evnen til å danne egne betraktninger og fremme egne synspunkt. Utviklingsperspektivet kommuniserer derfor at barn fra 3–4-årsalderen kan danne seg en mening. Barn i 3–4-årsalderen vil derfor i utgangspunktet kunne uttale seg, men det må allikevel foretas en individuell vurdering da barns evner kan variere.

Sandberg støtter vurderingen om at barn i lav alder skal få uttale seg. Hun mener at yngre barn i utgangspunkt skal få muligheten til å ytre sin mening fordi det er vanskelig å ta stilling til vurderingstemaene og om barnet har et standpunkt.⁸¹ Sandberg vil derfor at det skal være få begrensninger i uttalelsesretten for yngre barn. Sandbergs syn har støtte i forarbeidene til barneloven. Her uttrykkes det at barnet tidlig skal få muligheten til å påvirke egen situasjon i personlige forhold. Allikevel vil det være en vurderingssak om barnet forstår virkningen av egne uttalelser.⁸² Haugli har gitt uttrykk for at yngre barn lett kan manipuleres da de ikke har forutsetninger for å se når dette skjer.⁸³ Det må derfor foretas en avveining i forhold til hvor mye barnet skal involveres i det som skjer, hvor mye det skal uttale seg, hvor mye det skal snakke med saksbehandler, og hvor mye det skal skjermes. En slik vurdering må foretas ut ifra det enkelte barns forutsetninger og situasjon.

Redgjørelsen her viser en bred enighet om at barn i tidlig alder kan være i stand til å danne seg egne meninger. Det understrekes imidlertid at det kan være vanskelig å vurdere et barns utviklingsnivå. Utgangspunktet er derfor at yngre barn bør få mulighet til å uttale seg. Dette trumfer med andre ord at det stilles strenge krav til vurderingstemaene i forhold til om “barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter”, se bvl. § 6-3.

Som følge av dette utgangspunktet må en vurdering gjøres, nemlig vurderingen om hvilken intensjon lovgiver hadde med den aldersbegrensningen som ble satt. I forarbeidene til bvl. § 6-3 første ledd ble det drøftet om det skulle utformes en ren skjønnsmessig bestemmelse etter FNs barnekonvensjon art. 12 eller om barn over en viss alder burde gis ubetinget rett

⁸¹ Barnekonvensjonen (2008) s. 84.

⁸² Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63 pkt. 10.5.

⁸³ Haugli (a) (2004) s. 81.

til å bli hørt. Begrunnelsen for å ha en grense ved 7-årsalderen var at dette ville være et virkemiddel for at flere barn fra denne alderen skulle bli hørt. En aldersgrense ville kunne forhindre usikkerheten om forståelsen av bestemmelsen og derfor en ulik praktisering av den.⁸⁴ Ulempen var at det var litt vilkårlig hvilken aldersgrense som ble satt da det forelå lite forskningsbasert materiale å hente veiledning fra. En annen ulempe som departementet påpekte, var at en aldersgrense ville virke styrende på praksis, og at dette kunne ha den konsekvens at man fokuserte på barn over aldersgrensa, og de under ble skadelidende. En aldersgrense kan med en slik argumentasjon medføre at barn som burde bli hørt, ikke blir det.⁸⁵ Dette vil stride med barnekomiteens uttalelse om at alder ikke må være en hindring for et barns rett til å uttale seg.⁸⁶

Bekymringen fra departementets side bør tas på alvor. Konsekvensen av at barneverntjenesten og domstolene legger seg på en linje der barn eldre enn 7 år får uttale seg, kan bli at verdifull informasjon fra mindre barn ikke kommer frem under saksbehandlingen. Slik lovteksten er formulert er det lett å avfeie yngre barns uttalelsesrett i saksbehandlingen med at de ikke er i stand til å danne egne synspunkter, og derfor ikke er verdt å lytte til. En slik rettsanvendelse vil innskrenke barns rett til å medvirke i egen barnevernsak, og i tillegg gå imot intensjonen bak formuleringen i bvl. § 6-3.

Det har vært et lite omfang av Høyesterettsdommer som har angått barn yngre enn 7 år og over spedbarnsalder de senere år. Men i Rt. 2003 s. 425 ble en jente på 5 år gitt mulighet til å uttrykke sin mening i egen samværsak. Dommeren foretok ingen vurdering av om barnet var i stand til å danne seg egne synspunkter etter bvl. § 6-3 i dommen, men barnets uttalelse kom frem gjennom en vurdering av barnets atferd i fosterhjemmet.⁸⁷ I dommen vises det til EMDs storkammeravgjørelse i Sahin mot Tyskland.⁸⁸ I EMD ble det vurdert om et barn på

⁸⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 62. pkt. 10.5.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 62. pkt. 10.5.

⁸⁶ Day of General Discussion (2006) avsnitt 51.

⁸⁷ Rt. 2003 s. 425 avsnitt 42.

⁸⁸ Sahin mot Tyskland 08.07.2003.

5 år skulle uttale seg eller ikke om sin avvisende holdning til samvær med far. I denne saken hadde de nasjonale domstoler avgjort at barnet ikke burde bli hørt fordi det ville bli for stor psykisk belastning for han. EMD kom i saken til motsatt resultat og uttalte at den sakkyndige kunne ha spurt barnet på en skånsom måte, slik at det ikke ville blitt en så stor belastning for barnet. EMD framholdt at det er viktig med konkret og fullstendig informasjon om barnets forhold til foreldrene. EMD uttalte at resultatet i saken utelukkende ble basert på en rapport fra sakkyndig, og konkluderte med at EMK art. 8 var blitt krenket. En dommer dissenterte og ga uttrykk for at det ikke var kritikkverdig å avgjøre samværsspørsmålet på grunnlag av en rapport fra sakkyndig. Etter anke kom EMDs storkammer frem til at barn ikke alltid må høres i samværsaker i den nasjonale rett. Storkammeret ga anvisning på en konkret vurdering i forhold til alder og modning. To dommere dissenterte og mente at fokuset på barnet i denne saken hadde vært for lite.⁸⁹

Selv om EMD i Sahin mot Tyskland kom til at det ikke var nødvendig å høre et 5 år gammelt barn, og at det lå innenfor nasjonens skjønnsmargin å avgjøre om et barn i en alder av 5 år skal vitne i saken, uttrykte storkammeret tvil i forhold til resultatet. EMD er opptatt av sakens opplysning i motsetning til alderen på barnet. Domstolen er også opptatt av å finne bakgrunnen for barnets mening i motsetning til bare spørsmålet om barnet skal høres eller ikke. Dommen fremmer derfor to vurderinger: for det *første* at det er viktig å finne bakgrunnen for barnets mening når barnet har lav alder, og for det *andre* at barn i lav alder også kan gi viktige opplysninger i saken.

I et utvalg av lagmannsrettsdommer viser det seg at barn yngre enn 7 år ikke blir hørt.⁹⁰ I avgjørelsene ble tre 6-åringer og én 4-åring verken vurdert i forhold til om barna var i stand til å danne seg egne synspunkter eller gitt anledning til å uttale seg i saken. Sakene omhandlet tiltak som hadde vesentlig betydning for barnets liv, nemlig omsorgsovertagelse og samvær. Lagmannsrettens avgjørelser strider med lovgivers intensjon i forhold til å vurdere barnets evner til å danne seg meninger. Høyesterett og EMD har også lagt føringer

⁸⁹ Sahin mot Tyskland 08.07.2003 premiss 57 og 73.

⁹⁰ LF-2007-116941, LA-2007-64750, LB-2006-143588, LB-2006-26681.

for at barn i lav alder kan gi viktige opplysninger i saken. På grunn av dette får lagmannsrettens avgjørelser begrenset rettskildemessig betydning. Men lagmannsrettsavgjørelsene gir en indikasjon på at aldersgrensen på 7 år kan ha ført til en innskrenkning av yngre barns rettigheter når de er under 7 år. Departementets mistanke, som ble nevnt over, kan med andre ord sies å være kvalifisert.

FNs barnekonvensjon art. 12 har ingen tilsvarende aldersbegrensning. Art. 12 legger føringer for en utelukkende skjønsmessig vurdering av om barn er i stand til å danne seg egne synspunkt. Barns medbestemmelsesrett er med andre ord uavhengig av alder.

4.5.3 Forholdet til FN barnekonvensjon artikkel 12 – ingen aldersgrense

FNs barnekonvensjon art. 12 er den sentrale bestemmelsen i menneskerettskonvensjonene om barns deltagelse i saksbehandlingen. Bestemmelsen bygger på tanken om å beskytte barnet på grunn av dets sårbarhet og vektleggelsen av barns evne til å opptre selv.⁹¹

Etter FNs barnekonvensjon art. 12(1) har barn rett til å bli hørt i “all matters affecting the child”, altså forhold som angår dem. Dette tilsier at det er tilstrekkelig at forholdet har en eller annen virkning på barnet. Her spiller det, som tidligere nevnt, ingen rolle om det skal treffes en formell beslutning om tiltak i saken. Barnekomiteen uttrykker spesielt retten til å bli hørt i saker der barn er adskilt fra foreldrene, er i konflikt med loven, er offer for fysisk vold eller en væpnet konflikt eller befinner seg i en nødssituasjon.⁹² I forhold til barnevernsaker som helt klart angår barna, kommer art. 12(2) inn og presiserer at barnet skal høres i rettssaker og forvaltningssaker. Selv om retten til å uttale seg i enkeltsaker ofte bare knyttes til art. 12(2) fremgår det av innledningsordene “for this purpose” at art. 12(2) tolkes i lys av art. 12(1).⁹³ Betydningen av dette er at barn som er i stand til å danne egne

⁹¹ Barnekonvensjonen (2008) s. 77.

⁹² Day of General Discussion (2006) avsnitt 39.

⁹³ Barnekonvensjonen (2008) s. 83.

synspunkter kvalifiserer for å bli hørt, og uttalelsen skal tillegges vekt i samsvar med dets modning og alder, særlig i rettslig og administrativ saksbehandling.

Som tidligere nevnt opplyser ikke FNs barnekonvensjon art. 12 om noen aldersgrense for medbestemmelsesretten. Dette står i motsetning til bvl. § 6-3 første ledd. Retten til å bli hørt inntre når barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter, se FNs barnekonvensjon art. 12. FNs barnekonvensjon fremmer dermed en ren skjønnsmessig bestemmelse i forhold til barns medbestemmelsesrett. Det må derfor vurderes om aldersgrensen i bvl. § 6-3 strider med art. 12.

I utgangspunktet må barnevernloven følge de retningslinjer som FNs barnekonvensjon art. 12 gir som følge av forrangbestemmelsen, se mrl. § 3. Det må derfor avklares hvilke retningslinjer FNs barnekonvensjon gir i forhold til aldersbegrensningen. UNICEF har i forbindelse med barns medbestemmelsesrett i art. 12 gitt en avklaring på at barns rett til å bli hørt, er en fundamental rettighet.⁹⁴ Barnekomiteen støtter dette og har uttalt at en aldersgrense ikke må hindre barnets rett til å uttale seg. Komiteen har i General Comment no. 7 2005 fremhevet at art. 12 retter seg mot både yngre og eldre barn ... “As holder of rights, even the youngest children are entitled to express their views, which should be given due weight in accordance with the age and maturity of the child”.⁹⁵ Retten til deltagelse for selv de yngste barna skal derfor respekteres.

Det er allikevel etter komiteens syn, ingenting i veien for at lovgivningen i det enkelte land setter en nedre grense for når barns medbestemmelsesrett inntre. Barnekomiteen har uttalt at “when the State parties have established a minimum age for the right of the child to be heard, measures should be taken to ensure that the views of the child below the minimum age be considered in accordance with the maturity of the child by specially trained social

⁹⁴ Unicef: article 12: UN Convention on the rights of the child nr. 1.

⁹⁵ FN's barnekomité: Generall Comment no.7 2005 pkt. 14, omhandler implementering av rettigheter i tidlig barndom.

workers”.⁹⁶ Forutsetningen for at nasjonal rett ikke skal stride med FNs barnekonvensjon art. 12 er derfor at det settes i verk tiltak for å sikre at barn under denne alderen får rett til å uttale seg i samsvar med modning.⁹⁷ Begrunnelsen for dette er at tiltakene vil sikre tilstrekkelige opplysninger om barnets situasjon.

I bvl. § 6-3 første ledd har lovgiver fulgt opp barnekomiteens anvisning om å sette i verk tiltak. Lovgiver har gjort dette ved å anvende en egen skjønnsmessig bestemmelse som fremmer barn yngre enn 7 år sin rett til å uttale seg når de er “i stand til å danne seg egne synspunkter”, se bvl. § 6-3 første ledd. Vilåret om at yngre barn skal inkluderes er derfor oppfylt. Ufordringen blir å følge FNs barnekomités anmodning om å gi de yngste barna rett til å uttale seg. Barneverntjenesten, som inkluderer fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker, samt lavere rettsinstanser, skal derfor innordne seg folkeretten der yngre barns medbestemmelsesrett nå skal gis barn i takt med deres modning og utvikling. Videre må barns rett til å bli hørt også sees i forhold til EMK art. 10.

4.5.4 Forholdet til ytringsfriheten i EMK artikkel 10

Ifølge ytringsfriheten har barn og voksne rett til å ytre sin mening og til å motta og meddele opplysninger. EMK art. 10 gjelder for alle: “Everyone has the right to freedom of expression”. Ytringsfriheten etter art. 10 gjelder alle forhold, i motsetning til høringsretten etter FNs barnekonvensjon art. 12, som forutsetter at sakene angår barn.

FNs barnekonvensjon er *lex specialis* i forhold til EMK art. 10 ved spørsmål som berører barns rettigheter.⁹⁸ Statene er, etter FNs barnekonvensjon art. 12, pålagt en positiv plikt til å garantere barns rett til å bli hørt, mens barns rett til å ytre seg fritt etter EMK art. 10 er en negativ rett til å ytre seg. Dette betyr at staten skal sørge for fravær av inngrep eller

⁹⁶ Day of General Discussion (2006) avsnitt 51.

⁹⁷ Barnekonvensjonen (2008) s. 84.

⁹⁸ Barnekonvensjonen er *lex specialis* i forhold til EMK art. 10. Barnekonvensjonens forhold til EMK generelt kommer jeg tilbake til i kapittel 4.9.1.

hindringer for dets ytringer, på lik linje med de voksnes ytringsfrihet.⁹⁹ Ytringsfriheten kan med dette supplere FNs barnekonvensjons art. 12 i tilfeller der ytringsfriheten spesialisierer eller utvider barns rettigheter, mens art. 12 har forrang ved vurdering av barns uttalelsesrett.

4.6 Særskilt om barns krav på informasjon

Det ligger en forutsetning i bvl. § 6-3 om at barna som har rett til å uttale seg skal “informeres”, se bvl. § 6-3 første ledd. Forarbeidene uttaler at “plikten til å sørge for at barnet får informasjon, er en forutsetning for at barnet skal kunne få et grunnlag til å uttale seg på”.¹⁰⁰ Bakgrunnen for regelen er hensynet til brukermedvirkning som har blitt et sentralt moment ved tildeling av offentlige tjenester.¹⁰¹ Medvirkningen innebærer at tjenestemottakeren får være med å sette premisser for hva som skal gjøres og på hvilken måte det skal gjennomføres.¹⁰² I forvaltningsretten er forutsetningen for medvirkning at de private parter får tilstrekkelig informasjon slik at tjenestemottakeren kan danne seg en mening om situasjonen. Parten skal også gis en rett til kontradiksjon før vedtaket treffes.¹⁰³ Den samme retten skal barn få etter barnevernloven. Barnet skal derfor informeres slik at det kan danne seg en mening om egen situasjon, for deretter å uttale seg og bli hørt.

Barnet har altså krav på tilstrekkelig informasjon. Et vurderingstema blir hvilken form for opplysninger barnet har krav på. Forarbeidene uttaler at informasjonen skal være tilpasset barnets modningsnivå, det vil si alder og forståelse.¹⁰⁴ Dette kravet om tilpasning er formulert direkte i pasientrettighetsloven, se § 3-5 hvor det heter at “informasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring, kultur- og språkbakgrunn”. Ingen andre bestemmelser har tilsvarende definisjon. Det

⁹⁹ Barnekonvensjonen (2008) s. 79.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63 pkt. 10.5.

¹⁰¹ Kjellekvold (2006) s. 4.

¹⁰² Kjellekvold (2006) s. 5.

¹⁰³ Kjellekvold (2006) s. 13.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 63 pkt. 10.5.1.

foreligger allikevel en allmenn enighet om at den samme definisjonen gjelder etter barnevernloven.¹⁰⁵

Stang støtter dette ved å mene at informasjonen bør dekke de områder som er overskuelige for barnet, og at den må fremstilles på en måte som barnet forstår. Barn trenger i større utstrekning enn voksne informasjon på egne premisser for å kunne danne seg et eget bilde av saken.¹⁰⁶ På den annen side tilsier hensynet til brukeren at retten til informasjon, råd og veiledning må være tilstrekkelig slik at ingen nødvendige opplysninger blir tilbakeholdt. Begrunnelsen for dette er at brukeren skal få kunnskap om de offentliges tjenester og en forståelse av egen situasjon. Allikevel bør informasjonen i forhold til barn forenkles i den grad det er nødvendig, uten at det gis et skjevt bilde av saken.

Haugli fremmer i tillegg at det ikke er tilstrekkelig med informasjon om barnets sak. De ulike alternativer barnet har, og hvilke konsekvenser alternativene får, må også påpekes. Begrunnelsen er at barnet skal ta stilling til om det skal uttale seg eller ikke. Haugli beskriver at barnet bør gjøres kjent med at en uttalelse blir skrevet ned, tolket og spredt med den følge at uttalelsen kan fremmes for personer med innsynsrett i saken.¹⁰⁷

Informasjonsflyten til barna er en del av saksbehandlingen. Forarbeidene uttrykker at det er organet som treffer en avgjørelse i barnets sak, som har ansvaret for å informere barnet.¹⁰⁸ Dette organet må derfor ha kunnskap om redegjørelsen som er foretatt i forhold til hvilke opplysninger barnet bør få og på hvilken måte barnet mottar opplysningene på.

Når det gjelder retten til informasjon er dette spesielt kommet til uttrykk i barnevernsaker. I barneloven finnes det ingen tilsvarende bestemmelser, se for eksempel bl. § 31. Begrunnelsen for dette kan være at lovgiver ser det som spesielt viktig at barn i

¹⁰⁵ Kjellefald (2006) s. 9

¹⁰⁶ Stang (2007) s. 113.

¹⁰⁷ Haugli (b) (2004) s. 351.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 33 pkt. 5.2.2.4.

barnevernsaker med offentlig inngrep, får en forståelse av egen situasjon, og at barna blir forklart hvorfor tiltak må iverksettes. Det foreligger heller ikke uttrykkelig krav om informasjon i FNs barnekonvensjon art. 12. Barnekomiteen har allikevel fremmet “the right to receive and impart information is an important pre-requisite to realise participation of children”.¹⁰⁹ Dette støttes av UNICEFs punkter for barns deltagelse. UNICEF gir uttrykk for at deltagelse “is critical to self-development”, og deltagelse “foster learning, builds life-skills and enables self-protection”.¹¹⁰ Men en slik deltagelse er avhengig av informasjon for å kunne fremme forståelse og dermed selvutvikling og læring.

I forhold til resultatet eller avgjørelsen i saken, har også FNs barnekomité uttrykt at barnet skal informeres. Dette krever at dommeren og andre beslutningstakere som regel bør formidle og forklare resultatet i saken.¹¹¹ I dette ligger det en forutsetning om at opplysningene også her må tilpasses barnets forståelsesevne. I tilfeller der vedtaket ikke er i samsvar med barnets mening, vil det være spesielt viktig å informere barnet.

I tillegg til at barnet har krav på informasjon for å danne seg en mening og rett til å uttale seg, vil det i en konkret helhetsvurdering være et spørsmål om vektleggingen av barnets mening.

4.7 Hvilken vekt skal barnets mening tillegges?

I en helhetsvurdering vil barnets mening, ifølge bvl. § 6-3, tillegges “vekt i samsvar med barnets alder og modning”. FNs barnekonvensjon art. 12 stiller et krav om “due weight”, mens barneloven § 31 fremhever “stor vekt” på hva barn over 12 år mener. Disse bestemmelsene er videre med på å belyse barnets medbestemmelse i barnevernsaker.

¹⁰⁹ Day of General Discussion (2006) avsnitt 12.

¹¹⁰ UNICEF ; article 12:UN convention on the right of the children.

¹¹¹ Day of General Discussion (2006) avsnitt 41.

Retten til å få sin mening vektlagt i takt med modning og alder, avspeiler en generell anerkjennelse av barns autonomi, og at deres evner øker i takt med deres utvikling, i gjeldende rett. Begrunnelsen for regelen er at barnets mening vil være et moment i en helhetsvurdering der flere faktorer veies opp mot hverandre.¹¹² Dette støttes av FNs barnekonvensjon art. 3 som vektlegger at målsetningen ved en avvening skal styres av at barnets beste skal være “a primary consideration”. Følgelig gis barnets interesser en vesentlig rolle ved en avvening mellom barnets og andres interesser. Andre interesser av betydning i en vurdering om barnets beste, kan være stabilitet og kontinuitet i familieforhold, andres behov og interesser, biologiske bånd og faktisk omsorg.¹¹³

Ved vektleggingen av ulike interesser kan, ifølge Haugli, ulike ideologier anvendes. Haugli fremstiller i denne sammenheng to ideologier. Den ene ideologien er en *beskyttelsesideologi* der barnet ikke regnes som kompetent og i stand til å ta vare på egne interesser. Ifølge ideologien skal barneverntjenesten, foreldrene, og andre ivareta barnets interesser. Den andre ideologien er *autonomi-ideologien* der barnet er kompetent og regnes som en aktiv aktør i eget liv. Her vil barnets vilje være et sentralt moment som må avveies mot det de voksne mener er i barnets interesse. Haugli mener at norsk rett bygger på en middelvei mellom ideologiene ved at barnets ansvar og rettigheter øker med modning og alder.¹¹⁴ Man kan si at barnet gir slipp på behovet for beskyttelse jo mer autonomt det blir, og omvendt. Schiratzki støtter dette ved å påpeke en balansegang mellom vektleggingen av barnets behov for beskyttelse, og vektlegging av det kapable barnet som tar aktivt ansvar for sitt eget beste, når man vurderer barnets beste.¹¹⁵ Denne middelveien mellom ideologiene gjør at barnets kognitive evner blir en vurderingsfaktor i norsk rett. Barnet må forstå rekkevidden av sitt standpunkt, og dets meninger må vektlegges etter forståelsesevnen. Avgjørelsesmyndigheten må også vurdere hvor velbegrunnet, rasjonelt og

¹¹² Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 29 pkt. 5.2.2.1.

¹¹³ Sandberg (2003) s. 63

¹¹⁴ Haugli (2002) s. 319.

¹¹⁵ Schiratzki, Haugli (2003) s. 26-27.

fast standpunkt er. Et gjennomtenkt standpunkt trekker i retning av høy vektlegging av barnets mening.

Disse vurderingene kommer frem gjennom Høyesterettspraksis. Høyesterett har gjennom flere avgjørelser synliggjort at vektleggingen av barnets mening avhenger av barnets alder, hvor klar og hvor fast bestemt standpunktet er, om barnet har et realistisk bilde av situasjonen, og om barnet er påvirket av noen eller noe.¹¹⁶ Det vil også være en vurderingssak hvilket spørsmål barnet har en mening i forhold til, hvor godt begrunnet standpunktet er, og om det vil foreligge en risiko for barnets utvikling å gå i mot barnets ønske.

4.7.1 FNs barnekonvensjon artikkel 12 – “due weight”

Når det gjelder vektleggingen av barnets mening i en helhetsvurdering, stiller FNs barnekonvensjon i art. 12 et krav om “due weight”, (behørig vekt). Dette står i et skjevt styrkeforhold til bvl. § 6-3 som kun stiller krav om at barnet mening skal tillegges “vekt”. Det kan stilles spørsmål om betydningen av dette.

Ved unnlatelse av å ta inn ordet “behørig” i bvl. § 6-3, blir noe av vurderingstemaet tatt bort i forhold til hva som er passende og rimelig vekt i tilknytning til barnets modenhet og alder.¹¹⁷ Behørig vekt stiller krav til lovanvender i forhold til observasjonen og ivaretagelse av barnets mening. Stang mener å ha empirisk dekning for at unnlatelse av å ta inn vektvurderingen, fører til at barneverntjenesten slipper unna i saksbehandlingen med at de har vektlagt barnets mening i samsvar med formuleringen i barnevernloven. Barnets mening får, ved benyttelse av barnevernloven, lik vekt som andre interesser, men barnets mening får ikke den oppmerksomheten det ville fått som ved et krav om “behørig” vekt.¹¹⁸

¹¹⁶ Rt. 1998 s. 1702, s. 1711, Rt. 2006 s. 247 avsnitt 35, Rt. 2004 s. 999 avsnitt 54.

¹¹⁷ Stang (2007) s. 114.

¹¹⁸ Stang (2007) s. 114.

Konsekvensen blir at FNs barnekonvensjon art. 12, om “behørig” vekt, skal være en del av vektvurderingen etter bvl. § 6-3 da vektspørsmålet i barnevernloven må tolkes i lys av folkeretten og forrangbestemmelsen i mrl. § 3. Barnets uttalelser skal dermed tillegges behørig vekt i forhold til alder og modenhet.

Barneloven § 31 andre ledd går lenger enn FNs barnekonvensjon art. 12 i forhold til vektleggelsen av barnets mening. Ifølge bl. § 31 tillegges meningen til barn eldre enn 12 år *stor* vekt. Selv om FNs barnekonvensjon unnlater å operere med aldersgrense, er en slik regel i overensstemmelse med konvensjonen da den ikke innskrenker barnets rett. Tvert imot er regelen ment å sikre at eldre barns mening gis tilstrekkelig vekt.¹¹⁹

4.7.2 Betydningen av barnelovens § 31 andre ledd betydning – 12 års-grensen

Ifølge forarbeidene bygger bvl. § 6-3 første ledd på bl. § 31 og folkeretten.¹²⁰ Spørsmålet her blir hva bl. § 31 regulerer i forhold til barns medbestemmelsesrett i bvl. § 6-3.

Bl. § 31 første ledd slår fast at foreldrene skal legge vekt på det barnet har å si, samt at barnet skal bli hørt før de tar avgjørelser om “personlige tilhøve” for barnet. Bl. § 31 første ledd er tilsvarende § 6-3 i barnevernloven.

I bl. § 31 andre ledd gjøres det til en plikt å høre barnets mening fra det er fylt 7 år. Fra barnet er fylt 12 år skal det legges “stor vekt” på barnets mening. Bestemmelsen fremmer en betydelig vektlegging av barnets mening etter at barnet har fylt 12 år. Det betyr at barnets mening skal tillegges mer vekt enn andre momenter i en helhetsvurdering. Vektleggingen av barnets mening for barn eldre enn 12 år er ikke tatt med i nåværende bvl. § 6-3.

¹¹⁹ Barnekonvensjonen (2008) s. 94.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 80 avsnitt 6.3.

Før ikrafttreddelsen av gjeldende barnvernlov forelå det et krav om at barnet måtte være 12 år for å uttale seg. Barnevernloven og barneloven stilte her likt i forhold til aldersbegrensningen, men ulikt i forhold til vektleggingen av alderen. Barneloven stilte krav om stor vekt, mens bvl. § 6-3 fremmet krav om at barna “tas med på råd”. Forarbeidene uttrykte også at bvl. § 6-3 var noe enklere utformet.¹²¹ Barnevernloven ble tolket på samme måte som bl. § 31 som følge av at forarbeidene til 1992-loven hadde en manglende begrunnelse for forskjellen mellom lovbestemmelsene. I tillegg har lovgiver, i kraft av forbruker- og administrasjonskomiteen, understreket at barnets mening skal tillegges stor vekt i barnevernsaker.¹²² Dette viser barnelovens betydning for tolkningen av bvl. § 6-3 før lovendringen i 2003. Det må derfor vurderes hvilken betydning barneloven har fått etter lovendringen i 2003.

I utgangspunktet legger ordlyden i bvl. § 6-3 føringer for at modning og alder er avgjørende for vektleggingen av barnets mening. Allikevel har forarbeidene uttalt at “det antas at [bl.] § 31 andre ledd også gjelder for saker som behandles etter lov om barnevern. Også første ledd må antas å ha veiledende betydning i slike saker”.¹²³ Dette trekker i retning av at 12-årsgrensen får betydning i barnevernsaker slik den gjør i barnelovsaker. Det vil si at meningen til et barn som er 12 år skal tillegges stor vekt.

Holgersens syn går imot dette. Hun fremholder at i motsetning til i saker etter barneloven, knytter det seg ingen spesielle rettsvirkninger til det å være 12 år i barnevernsaker. Vektleggingen av barnets mening skal utelukkende baseres på grunnlag av den generelle regelen om barnets modenhet og alder etter bvl. § 6-3.¹²⁴ Sandberg støtter denne vurderingen og forklarer argumentet med at barnevernsaker er mer kompliserte enn saker etter barneloven, og konsekvensene av de ulike alternativene i barnevernsaker er enda

¹²¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 117 del 4.

¹²² Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 13.

¹²³ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 80 pkt. 6.3.

¹²⁴ Holgersen (2008) s. 309.

vanskeligere for et barn å forespeile seg enn i saker etter barneloven.¹²⁵ Barnevernloven er også *lex specialis* i forhold til barneloven i barnevernsaker.

Et annet argument som på den annen side støtter opp om at barnets mening kun skal tillegges “vekt”, er at det nå foreligger to lovendringer av bvl. § 6-3 uten at “stor vekt” er tatt med i bestemmelsen. Først i barnevernloven fra 1992 deretter i barnevernloven med lovendring i 2003. Dette viser at lovgiver ikke ønsker å gjøre 12-årsregelen i barneloven som en del av bestemmelsen i barnevernloven.

Høyesterett har i Rt. 1998 s. 1702 påpekt at “lovens regel om at det skal legges vekt på hva barnet mener, ikke innebærer at barnets mening uten videre skal følges”.¹²⁶ Saken gjaldt fem gutter der de to eldste hadde fremmet ønske om å bo hos foreldrene. Høyesterett tilbakeviste her lagmannsrettens uttalelse om at barnas mening skulle tillegges “stor vekt”. Høyesterett la ikke på denne tiden avgjørende vekt på barnas mening, begrunnelsen var barnas lojalitetskonflikt i forhold til foreldrene.

Høyesterett har allikevel i Rt. 2004 s. 999 stilt spørsmålstegn ved vurderingen av “hvor stor vekt en skal legge på hans (barnets) selvbestemmelsesrett i forhold til sannsynlige (men ikke sikre) alvorlige problemer i framtid”.¹²⁷ Saken gjaldt overprøving av vedtak om å overta omsorgen for en 12 år gammel gutt. Selv om det var betydelig usikkerhet rundt morens omsorgsevne ble hun tillagt omsorgen som følge av sønnens sterke ønske om å bo sammen med henne. Høyesterett stilte spørsmålstegn ved om bl. § 31 “stor vekt” skulle anvendes i forhold til barnevernsaken. Høyesterett kom frem til at barnets mening skulle tillegges *vesentlig* vekt. Vesentlig er ifølge norsk språkråd synonymt med stor. Dommen kan derfor sies å støtte argumentet om å legge stor vekt på uttalelser fra barn eldre enn 12 år i barnevernsaker.

¹²⁵ Barnekonvensjonen (2008) s. 95.

¹²⁶ Rt. 1998 s. 1702, s. 1711.

¹²⁷ Rt. 2004 s. 999 avsnitt 56.

På den annen side har Høyesterett i Rt. 2006 s. 1308 vurdert problemstillingen rundt forholdet mellom bl. § 31 og barnevernloven på en annen måte. Høyesterett uttalte: "...av barneloven § 31 annet ledd fremgår at når barnet er fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Noen slik bestemmelse finnes ikke i barnevernloven. Det er nok begrunnet i ulikheter mellom det de to lovene regulerer".¹²⁸ Høyesterett mente derfor at barnelovens bestemmelse ikke legger avgjørende føringer for vektleggingen etter bvl. § 6-3. Til støtte for gjeldende rettspraksis er det slik at Høyesterett i Rt. 2006 s. 1308 er en nyere dom enn Rt. 2004 s. 999. På den annen side er begge dommene kommet etter lovendringen i 2003, og den samme rettsinstansen sier imot seg selv. Spørsmålet om "vekt" eller "stor vekt" kan derfor fortsatt sies å være uavklart. Sagt på en annen måte kan det se ut til at beskyttelsesideologien fortsatt har hegemoni i dagens rettspraksis til tross for at autonomi-ideologien mange andre steder ser ut til å støtte opp om at meningsuttalelser hos barn på 12 år skal gis "stor vekt".

4.8 Barns interesser kan være påvirket av foreldrenes interesser¹²⁹

I en barnevernsak kan barnet havne i en konflikt mellom barneverntjenesten og foreldrene. I disse tilfellene kan barnet føle en lojalitet og forpliktelse til foreldrene. Foreldrenes interesser kan i slike tilfeller være med på å forme barnets uttalelser. I utgangspunktet har barneverntjenesten et ønske om at barnet skal uttale seg etter bvl. § 6-3. Ifølge bestemmelsen skal barnet ha rett til å si det det ønsker uavhengig av påvirkningskraft, og meningen skal tillegges vekt. Allikevel blir det en vurdering om barnets uttalelse er barnets eller foreldrenes vilje.

I Rt. 1998 s. 1702, som var en omsorgsfordelingssak, ønsket de to eldste i en barneflokk å bo sammen med foreldrene. Barnas utsagn ble her vurdert i forhold til lojaliteten de følte overfor sine foreldre. Høyesterett uttalte at "det er grunnlag for atskillig tvil om i hvilken

¹²⁸ Rt. 2006 s. 1308 avsnitt 59.

¹²⁹ Foreldrenes interesser blir behandlet under ett. Det er ikke tatt høyde for at foreldrene kan ha ulike interesser innbyrdes.

grad C og Ds utsagn er uttrykk for en entydig mening hos dem. Den lojalitet som barn vanligvis føler overfor sine foreldre, kan generelt skape slik tvil i omsorgssaker. I vår sak har moren i spesielt stor grad trukket barna inn i sin konflikt med barnevernet. Min oppfatning er at C og Ds utsagn om at de ønsker å bo hos foreldrene, ikke kan få noen avgjørende vekt”.¹³⁰ I denne dommen er det klart at det vektlegges at lojaliteten har påvirket barnas uttalelse. Konsekvensen av dette ble at barnas uttalelse ikke fikk noen avgjørende vekt.

Den samme vurderingen gjentok seg i Rt. 2004 s. 1046. Her var det spørsmål om en jente på 8 år var i en lojalitetskonflikt mellom fosterforeldrene og de biologiske foreldrene. Hun utviste en motvilje i forhold til samvær med de biologiske foreldrene som ikke ble vektlagt som en lojalitetskonflikt. I motsetning til i Rt. 1998 s. 1702 kom Høyesterett i dette tilfellet frem til at det ikke forelå holdepunkter for at uttalelsen var fremkommet som følge av en lojalitetskonflikt. Vurderingen var imidlertid den samme, og hadde uttalelsene fremkommet som følge av en lojalitetskonflikt, ville Høyesterett ikke vektlagt barnets mening i spesielt stor grad.¹³¹

Disse høyesterettsdommene viser at uttalelser fra barn som er påvirket av sine foreldres interesser ikke får avgjørende vekt i en helhetsvurdering. Barnet blir dermed beskyttet mot foreldrenes påvirkningskraft og egne standpunkter de selv ikke har kommet frem til. Det problematiske med denne måten å vurdere barnets uttalelser på, er at barnet kan oppleve å ikke bli respektert. Barnet føler at det ønsker å bo med foreldrene, og når domstolen stiller seg tvilende til eksistensen av barnets ønske, vil dette føles som mangel på respekt. Ved mangel på respekt blir det vanskelig for den affekterte part å leve med vedtak om tiltak.

Dette kan unngås ved å benytte en annen tilnærming domstolene har benyttet seg av. Domstolene kan se på uttalelsen som noe barnet vil, men ved sterk lojalitet til foreldrene, skal barnet fratas ansvaret for valget. Dette ble gjort i Rt. 1987 s. 289. I dommen holdes

¹³⁰ Rt. 1998 s. 1702, s. 1711.

¹³¹ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 60.

muligheten åpen for at barnets ønske er reelt, men det fremgår i avgjørelsen at barnets ønske ikke kan vektlegges, da barn som er i lojalitetskonflikt ikke er ansvarlige for resultatet.¹³² I dette tilfellet vil barnet fortsatt føle seg respektert. Barnet blir hørt, men det får ikke ansvar for vedtaket barneverntjenesten kommer frem til.

I forhold til barn som er eldre vil det være vanskelig å vise respekt for deres ønske og samtidig vedta i disfavør av deres uttalelse. Det kan stilles spørsmål om eldre barn i lojalitetskonflikt skal respekteres for deres valg selv om interessen er påvirket. Dette ble lagt til grunn i Rt. 2004 s. 999. Høyesterett uttaler “at det kan stilles spørsmål ved grunnlaget for hans standpunkt – dels fordi han synes sterkt påvirket av morens holdning, og dels fordi han ikke innser hennes svakheter som omsorgsperson. Men selv om dette reduserer den selvstendige vekt av hans standpunkt, har standpunktet likevel stor betydning for om det er forsvarlig å opprettholde omsorgsovertakelsen”.¹³³ Her var den høye alderen på 12 år årsak til at Høyesterett tillegger barnets uttalelse stor vekt selv om uttalelsen var påvirket. Barnet ble ansett som tilstrekkelig modent til at uttalelsen var avgjørende. Denne vurderingen viser at Høyesterett vektlegger det å vise respekt overfor barn. Barn i lojalitetskonflikt bør ikke få ansvaret for valget de tar bortsett fra i de tilfeller der barnet er i en alder og modning som tilsier at barnet klarer å leve med konsekvensene av valget.

4.9 Barns interesser kan være i motstrid med foreldrenes interesser¹³⁴

I en helhetsvurdering vil foreldrenes negative rett til beskyttelse mot inngrep i familielivet, se EMK art. 8, være et moment: “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.” I noen tilfeller er barnets og foreldrenes mening den samme. Begge parter ønsker for eksempel at barna skal bo hos fosterforeldre. I disse tilfellene vil begges uttalelser støttes opp av den andre parten og tillegges stor vekt i

¹³² Rt. 1987 s. 289, s. 301

¹³³ Rt. 2004 s. 999 avsnitt 54.

¹³⁴ Foreldrenes interesser blir behandlet under ett. Det er ikke tatt høyde for at foreldrene kan ha ulike interesser innbyrdes.

forhold til andre momenter i en barnets beste-vurdering. I de tilfellene meningene er forskjellige, blir vurderingen en annen. Vektleggingen må derfor vurderes der foreldre og barn har ulike ønsker i forhold til tiltak fra barneverntjenesten.

Det er klart at når myndighetene med hjemmel i barnevernloven iverksetter en sak så er dette et inngrep i familielivet, både i forhold til barnet og til foreldrene. Det vil allikevel ikke alltid være i strid med EMK art. 8 når statene griper inn i familielivet for å beskytte barna. Beskyttelse av barna kan være hjemlet i art. 8(2) som åpner for inngrep “in accordance with the law and is necessary in a democratic society...to the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

Bestemmelser i konvensjonen som utgjør unntak fra en rettighet, som EMK art. 8(2) gjør i forhold til art. 8(1), skal i utgangspunktet tolkes snevert “narrowly interpreted”.¹³⁵ Det må vurderes hvor langt dette synspunktet kan opprettholdes i barnevernsaker hvor hensynet til barns interesser er gjeldende.¹³⁶

Det er viktig å påpeke at selv om det foreligger inngrep i familielivet, vil ikke familielivet opphøre. EMD har gjentatte ganger i barnvernssaker uttalt at “The mutual enjoyment by parent and child of each others company constitutes a fundamental element of family life: futhermore, the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care”.¹³⁷

I en saksbehandling der barnets og foreldrenes interesser er motstridende må det foretas en nødvendighets- og forholdsmessighetsdrøftelse. Fordelene og ulempene ved et eventuelt tiltak må vurderes opp mot nødvendigheten av tiltaket. EMD har i Olsson-dom nr. 2 uttalt at man må finne “a fair balance” mellom foreldrenes og barnets interesser.

¹³⁵ Silver m.fl. mot Storbritannia 25. mars 1983.

¹³⁶ Loftsgaard, red. Tjomsland (1997) s. 77.

¹³⁷ Olsson mot Sverige nr.1 24.03.88 premiss 59, Eriksson mot Sverige 22.06.89 premiss 58.

I dommen uttrykkes det at “the children`s interests and their rights under article 8 of the Convention. Where contacts with the natural parents would harm those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance”.¹³⁸ Dette støttes i Adeledommen av 1996: “I denne forbindelse må det finnes en rimelig balanse mellom barnets interesser i å bli i offentlig omsorg og foreldrenes interesser i å bli gjenforent med barnet”.¹³⁹

I Adeledommen fra 1996 kom EMD fram til at det forelå brudd på EMK art. 8 da norske myndigheter ikke i tilstrekkelig grad hadde gode nok grunner for vedtakene om å nekte samvær med tanke på adopsjon og fratakelse av foreldreansvar. EMD fant at det forelå brudd på EMK art. 8 i forbindelse med at den norske stat ikke hadde begrunnet inngrepene med at de var påkrevd med hensyn til barnets beste. EMD uttalte at det skulle legges vekt på hvilke tiltak som var til barnets beste, noe som kunne sette foreldrenes interesser til side.¹⁴⁰

EMD følger opp uttalelsen om at barnets interesser kan sette foreldrenes interesser til side i Adeledommen fra 2002. Saken gjaldt klage om samtykke til adopsjon og samværsnekt i påvente av adopsjonssak. Klagen ble avvist av EMD. Begrunnelsen var at det var tilstrekkelig grunner for adopsjon, og barnet ønsket dette.¹⁴¹

Det samme skjedde i Olsson-dom nr. 2 der samværsrestriksjoner og flytteforbud ble godtatt av EMD i tråd med barnets ønsker og i strid med foreldrenes interesser. EMD kom frem til at barneverntjenesten ikke hadde unnlatt å oppfylle sin plikt til å tilrettelegge for gjenforening mellom foreldre og barn så lenge dette var til barnets beste og forenelig med barnets ønske.¹⁴² EMD kom frem til at det var et relevant og tilstrekkelig argument at

¹³⁸ Olsson mot Sverige nr. 2 27.11.1992 premiss 90.

¹³⁹ Johansen mot Norge 07.08.1996 premiss 78.

¹⁴⁰ Johansen mot Norge 07.08.1996 premiss 78.

¹⁴¹ Johansen mot Norge 10.10.2002. premiss A.

¹⁴² Olsson mot Sverige nr. 2 27.11.1992 premiss 91.

barnas sterke ønske var å bli værende i fosterhjemmet. Dette støttes av Rieme mot Sverige der EMD lot barnets behov og ønsker som gikk på tvers av farens til grunn. Saken gikk ut på at barnet hadde behov for gradvis tilnærmingen til far da vedtak om omsorgsovertagelse var opphevet. Barnets ønske ble tillagt større vekt enn farens interesser i å bli gjenforent med barnet umiddelbart.¹⁴³

Avgjørelsene viser at foreldrenes interesser kan settes til side dersom dette er til barnets beste. EMD tolker dermed unntaksreglene i EMK art. 8(2) relativt vidt og har på denne måten gått langt i retning av å respektere barnets autonomi. Utgangspunktet som foreligger i forhold til konvensjonsbestemmelser om at unntak skal tolkes snevert, følges dermed ikke i barnevernsaker. Begrunnelsen for dette kan være at barns rettigheter skal beskyttes på lik linje med voksnes i EMK, og i barnevernsaker vil barnet være avhengig av beskyttelse for å fremme god velferd. Tolkningen av EMK art. 8(2) støttes av forarbeidene til barnvernloven ved uttalelse om at det er barnets beste som skal trekkes inn i vurderingen, og at det ikke skal legges vekt på hensynet til foreldrene i de tilfellene der foreldrenes og barnets interesser er motstridende.¹⁴⁴

På den andre siden fremgår det av forarbeidene til barnvernloven at den norske lov bygger på det såkalte biologiske prinsipp, det vil si at barnet i utgangspunktet skal vokse opp hos sine biologiske foreldre.¹⁴⁵ Begrunnelsen for prinsippet er at familielivet skal beskyttes. Den opprinnelige tanken bak prinsippet var at foreldreretten ble beskyttet. Smith mener at begrunnelsen for prinsippet fortsatt er foreldrenes behov og ikke barnas.¹⁴⁶ Presentasjonen av en slik tanke vil være i strid med FNs barnekonvensjon art. 12 og art. 3 fordi barnets beste-vurderingen blir tilsidesatt *ex ante*.

¹⁴³ Rieme mot Sverige 22.04.1992 premiss 70.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 30 pkt. 4.1.

¹⁴⁵ Lagt til grunn flere steder i forarbeidene, Eks. Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 55 pkt. 4.19, s. 51 pkt. 4.16

¹⁴⁶ Smith (1999) s. 363.

Noe som støtter at foreldrenes interesser får forrang fremfor barns interesser er at praksisen ved EMD preges av at det er foreldrene som reiser sakene hvor det påstås at EMK art. 8 er brutt. Følgelig vil det være deres krav på prosessuelle garantier som blir gjenstad for vurderinger og drøftelser.¹⁴⁷ Dette vises gjennom Kutzner mot Tyskland.¹⁴⁸ I dommen fant dommeren brudd på EMK art. 8 på bakgrunn av at barna ikke var hørt. Barnets mening skulle i dette tilfellet ikke opplyse saken ytterligere, men høres av hensyn til foreldrenes interesser.

Smith fremholder allikevel at det stadig skjer en utvikling mot at barns rettigheter sterkere blir fremhevet både av offentlig myndighet og i forhold til foreldrene. Foreldrenes rettigheter overfor barna blir mer begrenset, og pliktene overfor barna blir sterkere fremhevet.¹⁴⁹ Smith mener at barns interesser må gå foran foreldrenes som en følge av at barna må få sine grunnleggende behov tilfredsstilt. Dersom dette ikke forekommer, kan barnet få hemmet sin utvikling.¹⁵⁰ Lindboe understreker at hensynet til barnets beste begrunner at det biologiske prinsipp kan tilsidesettes, eller at det iverksettes innskrenkninger i det.¹⁵¹ Dette støttes av EMDs utvikling som viser at barnets beste har fått solid rotfeste. EMD har, som sagt, gjennom for eksempel Olsson nr. 2 og Adele-dommen understreket at ved konflikt mellom foreldre og barns interesser må sistnevnte gå foran.

Allikevel er det slik at EMK art. 8 i noen tilfeller vil støtte foreldrenes interesser når de fremmer sak for EMD, mens FNs barnekonvensjon art. 12 vil støtte barnets ønsker. Her vil det oppstå motstrid. Spørsmålet blir hvordan motstridende hensyn mellom FNs barnekonvensjon og EMK vil løses.

¹⁴⁷ Oppedal (2007) s. 395.

¹⁴⁸ Kutzner mot Tyskland 27.02.2002 premiss 77.

¹⁴⁹ Smith (1991) s. 115.

¹⁵⁰ Smith (1999) s. 359.

¹⁵¹ Lindboe (2003) s. 126.

4.9.1 Forholdet mellom FNs barnekonvensjonen og EMK

I forhold til barns medbestemmelsesrett skal barnevernloven tolkes i samsvar med EMK og FNs barnekonvensjon. Spørsmålet i denne sammenheng er hvordan tolkningsresultatet blir ved motstrid mellom EMK og FNs barnekonvensjon.

På enkelte områder er FN-konvensjonen og EMK helt eller delvis overlappende, slik som retten til utdanning, EMK TP 1-2 og BK art. 28, jf. også art. 14. Men en kan også tenke seg motstrid mellom konvensjonene når det gjelder vern av foreldreretten, jf. EMK art. 8 og barns vern mot vanskjøtsel etter FNs barnekonvensjon art. 19 eller barns rett til å bli hørt etter FNs barnekonvensjon art. 12.

Utgangspunktet er at menneskerettighetene i konvensjonene ikke skal begrense sterkere vern for individet som kommer frem gjennom andre konvensjoner eller intern rett, jf. EMK art. 53 og FNs barnekonvensjon art. 41. Da det ovenfor viser seg at EMK gir bedre beskyttelse for foreldrene, mens barnekonvensjonen beskytter barna, gir koordineringsreglene ingen veiledning i forhold til løsning ved motstrid. Begge konvensjonene ivaretar viktige menneskerettigheter. Forskjellene mellom konvensjonene blir derfor avgjørende for vektleggingen mellom dem.

De prinsipielle forskjellene mellom konvensjonene er at så lenge rettighetene etter EMK i større grad er utviklet gjennom konvensjonspraksis og dermed klargjort gjennom tolkning, er det en fare for at disse i praksis slår igjennom overfor konkurrerende rettigheter etter barnekonvensjonen. EMDs avgjørelser er også bindende for medlemslandene etter EMK art. 46, i motsetning til uttalelser fra FNs barnekomité etter barnekonvensjon art. 44 og art. 45.¹⁵²

¹⁵² Her bør det kommenteres at i Rt. 2008 s. 513 avviste Høyesterett FNs torturkomités kommentarer som følge av at FNs torturkonvensjon ikke var inkorporert i norsk lov, se mrl. § 2. Dersom deres argumentasjon kan sies å være gyldig kan det motsatte resultat være tilfellet for barnekomiténs uttalelser som følge av at FNs barnekonvensjon er inkorporert. Det vil si at FNs barnekomiténs uttalelser skal tillegges stor vekt i rettsanvendelsen.

På den andre siden er FNs barnekonvensjon nyere og bygger på nye tanker om beskyttelse av barn. Dette støttes av at barn gjennom barnekonvensjonen er eget rettssubjekt, men EMK beskytter barn gjennom felles bestemmelser for individer. Barns spesielle behov er derfor ikke ivaretatt på samme måte gjennom EMK som gjennom barnekonvensjonen. Kilkelly fremhever at siden EMK ikke har spesielle regler for barn, så kan dette gjøre det lettere å bruke FNs barnekonvensjon i tolkningen av EMK når det er åpenbart at særlige hensyn gjør seg gjeldende.¹⁵³

EMD har i senere saker også anvendt FNs barnekonvensjon i sin tolkning. Dette fører til en styrking av barns rettigheter. I Adeledommen prosederte staten med tyngde på barns rettigheter og at statens forpliktelser etter barnekonvensjonen måtte ha betydning for forståelsen av morens rettigheter etter EMK art. 8. EMD tok ikke uttrykkelig stilling til anførselene, men argumentet bidro til formuleringen i dommen om at foreldre ikke er berettiget til å treffe tiltak som skader barnets utvikling.¹⁵⁴ Det samme ble gjort i Olsson mot Sverige nr. 2, der mindretallet viser til barnekonvensjonen.¹⁵⁵

Kilkelly påviser gjennom sin undersøkelse at FNs barnekonvensjon påvirker EMDs praksis. Hun legger i sin undersøkelse hovedvekten på avstraffelse og straffeforfølgning. Smith er kritisk til teorien da hun mener Kilkelly bygger på spinkelt materiale. Allikevel argumenter de normativt og samstemt om at man bør bruke FNs barnekonvensjon som et verktøy ved tolkningen av EMK. Hvis barnekonvensjonens detaljerte regler kombineres med EMKs system med individuell klagerett til EMD, økes begge konvensjoners potensial til å fremme og beskytte barns rettigheter.¹⁵⁶

¹⁵³ Kilkelly (2000) s. 87.

¹⁵⁴ Johansen mot Norge 10.10.2002 premiss A.

¹⁵⁵ Olsson mot Sverige nr. 2 27.11.1992.

¹⁵⁶ Smith (2003) s. 81.

Vurderingen viser at FNs barnekonvensjon, som følge av dens sterke posisjon, bør anvendes i EMDs praksis. Dette styrker barns rettigheter og dermed barns medbestemmelsesrett. Medbestemmelsesrett har barn gjennom å få uttale seg og bli hørt. Videre blir der derfor naturlig å vurdere på hvilken måte retten blir gjennomført.

4.10 På hvilken måte blir barns mening fremmet?

Når man presenterer et argument for hvorfor barn skal ha medbestemmelse, så må det også være et poeng å vise hvordan medbestemmelsen kommer til uttrykk. I barnevernsaker vil barnets rett til deltagelse i egen sak gjennom informasjon og kontradiksjon, være med på å sikre at formålet med saksgangen blir oppnådd. Det er nødvendig at noen tar vare på barnet og dets følelsesmessige reaksjoner i forhold til det som skjer gjennom opplysninger og samtaler. Dersom barnet ikke klarer å få en forståelse av det som skjer, klarer det heller ikke å nyttiggjøre seg av sine rettigheter. Haugli har uttalt at barn ikke utøver reell medbestemmelse ved at det kun står i loven – formålet med medbestemmelsesretten etableres først når gjennomføringen i praksis er sikret. Å høre barnet er et nøkkelord, men å høre barnets mening vil også bety å snakke med, ivareta og oppfatte barnets situasjon.¹⁵⁷

I FNs barnekonvensjon art. 12(2) foreligger det tre muligheter for hvem barnet kan snakke med. Det kan skje direkte under saksbehandlingen. Dette vil si at barnet snakker direkte med organet som skal ta avgjørelsen i saken. Barnet kan for det andre snakke med en representant som er utpekt av staten. For det tredje kan barnet uttale seg gjennom et egnet organ, som for eksempel sakkyndige. Forarbeidene har uttalt at det ikke er nødvendig at organet som fatter avgjørelsen behøver å gjennomføre samtaler med barnet, men det er opp til dem å vurdere på hvilken måte samtalen skal gjennomføres.¹⁵⁸

Når det gjelder mindre barn anbefaler barnekomiteen at en sosialarbeider bør snakke med barnet: “child below the minimum age be considered in accordance with the maturity of the

¹⁵⁷ Haugli (a) (2004) s. 81.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63 pkt. 10.5.

child by specially trained social workers or other professionals”.¹⁵⁹ Begrunnelsen for dette er å ivareta barnets beste på best mulig måte. Spesielt opplærte fagfolk kan snakke med barn og få en forståelse av deres uttalelser.

I norsk rett ser det ut til at barns mening i det vesentlige blir hørt gjennom sakkyndige som er oppnevnt i forbindelse med saken. Den sakkyndige har da én eller flere samtaler med barnet for å kartlegge barnets syn. En utfordring i forhold til å bruke sakkyndige i stedet for å la barna uttale seg direkte for instansene, vil være å høre barnas mening og ikke de sakkyndiges. Ofstad har i denne forbindelse, på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene, uttalt at dersom samtalen er gjennomført av andre, er det viktig at vedtaksmyndigheten forsikrer seg om at barnets uttalelse ikke fortolkes, men at den gjengis slik den er kommet direkte til uttrykk av barnet.¹⁶⁰

Det foreligger en risiko for at fortolkning kan skje da den sakkyndiges rolle er å fremme bevisene i saken og en bevisvurdering i forhold til disse. Når en sakkyndig beskriver samspillet mellom foreldre og barn eller barns følelsesmessige tilstand, vil dette ofte bli fremført gjennom en vurdering. Det samme gjelder også der den sakkyndige har hatt en samtale med barnet. I Rt. 2004 s. 1683 uttaler Høyesterettsdommer at “psykolog Voster har samtale med henne [barnet] om spørsmålet om tilbakeføring til foreldrene, jf. barnevernloven § 6-3. Hun har på spørsmål gitt uttrykk for at hun ikke vet hva hun ønsker i så måte. Dette har psykolog Voster tolket som «et uttrykk for at hun har det greit som hun har det »”.¹⁶¹ Dette gir en beskrivelse av en psykologs vurdering av barnets mening. Dersom barnet hadde uttalt seg direkte for retten, kunne dette resultert i en annen vurdering av dommeren. Det foreligger ingen kontrollordning i forhold til den sakkyndiges vurderinger.¹⁶² Kontrollen ligger i rettens vurdering av den sakkyndiges uttalelse, og denne uttalelsen kan bli prøvd i lagmannsretten og Høyesterett.

¹⁵⁹ General Day of Discussions (2006) avsnitt 51.

¹⁶⁰ Ofstad (2004) s. 274, på bakgrunn av Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63 pkt. 10.5.

¹⁶¹ Rt. 2004 s. 1683 avsnitt 58.

¹⁶² Sandberg (2003) s. 329.

Utfordringene i forhold til å høre barnets mening gjennom en sakkyndig må vurderes opp mot opplevelsene det vil være for et barn å opptre direkte. For et barn kan det å uttale seg direkte for retten oppleves som sterkt. Skal dette gjennomføres, må retten tilpasses slik at barnet føler seg trygg under avhøret. UNICEF har kommet med forslag til hvordan man kan gjøre en avhørssituasjon mer barnevennlig gjennom å gjøre utformingen av rettssalen og dommers kledning uformell, det bør være enveisvinduer, bruk av videobevis, og grundig forberedelse av barnet på det som foregår.¹⁶³

I de fleste saker vil det beste for barnet være å uttale seg gjennom en sakkyndig som følge av hvordan avhørssituasjonen i retten er på nåværende tidspunkt. Selv om en sakkyndig taler barnets sak, må barnets uttalelse forbli uforandret idet den presenteres. Det er domstolenes plikt å sørge for at dette skjer.

4.11 Konsekvensen av at barn ikke blir hørt

Så vidt meg bekjent foreligger det kun avgjørelser etter barneloven som er relevante for denne vurderingen. Allikevel gir premissene i dommene en viss veiledning i forhold til hvordan Høyesterett tenker om problemstillingen, og hvordan løsningen ved en barnevernsak kan bli. Diskusjonen om hvorfor det ikke foreligger noen avgjørelser i forhold til bvl. § 6-3 kan ikke tas her, men som vi har vært gjennom tidligere i teksten, så blir ikke alle barn hørt.

Feil ved saksbehandlingen vil forekomme der reglene om saksbehandling av en eller annen grunn ikke er fulgt. Regelens prosessuelle side i dag er at der barn eldre enn 7 år ikke gis anledning til å uttale seg, foreligger det et brudd på barnets ubetingede rett til å bli hørt. Det er med andre ord snakk om en saksbehandlingsfeil, se bvl. § 6-3, “skal”-formuleringen. Begrunnelsen for dette er at dersom barnet ikke får uttale seg, kan retten foreta en vurdering i forhold til om det forekommer en uriktig forståelse av saksbehandlingsreglene

¹⁶³ Unicef (2007) s. 156.

eller feil ved anvendelsen av bvl. § 6-3. I domsavgjørelser der det foreligger en saksbehandlingsfeil, og det vurderes at feilen har hatt innvirkning på resultatet, kan avgjørelsen oppheves jf. tvisteloven §§ 29-20, 29-21. Ifølge forvaltningsretten vil en tilsidesettelse av varslingsretten og uttalelsesretten være en saksbehandlingsfeil som kan påberopes ved klage på tildelingsvedtaket.¹⁶⁴

Allerede så tidlig som i 1974 – før FNs barnkonvensjon – kom Høyesteretts kjæremålsutvalg, med hjemmel i vgml. § 40, frem til at det forelå en saksbehandlingsfeil fordi barnets mening ikke var innhentet. Det dreide seg om tvangsbortsettelse ved unnlatt tilbakeføring av en 13 år gammel gutt etter sommerferien.¹⁶⁵ Dette viser at Høyesterett tidlig så at barns mening var av betydning for avgjørelsen.

I Rt. 1999 s. 1183 og Rt. 2000 s. 874 har Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalt seg om barns uberettigede medbestemmelsesrett. Kjennelsene er motstridende, og de gjelder foreløpige avgjørelser. I Rt. 1999 s. 1183 viser utvalget til barneloven § 31 andre ledd som fastslår at barn eldre enn 12 år skal høres i saker som gjelder deres personlige forhold. Det foreligger derfor en saksbehandlingsfeil, og som følge av at barnets mening hadde betydning for resultatet i avgjørelsen, ble lagmannsrettens kjennelse opphevet.¹⁶⁶ I Rt. 2000 s. 874 kom kjæremålsutvalget frem til at det ikke var en saksbehandlingsfeil da en gutt på 13 år ikke var blitt hørt i lagmannsretten. Utvalget uttalte at det var et tvilsomt spørsmål om det kunne gjelde som alminnelig regel at barn over 12 år skal få si sin mening i midlertidige avgjørelser om hvor barnet skal bo.¹⁶⁷ I denne saken var gutten blitt hørt i herredsretten, og lagmannsretten kom frem til at det ikke var påkrevd å høre gutten på nytt. Det foreligger derfor ikke saksbehandlingsfeil når barn ikke får uttale seg i midlertidige saker. Begrunnelsen viser at avgjørelsen mest sannsynlig ville vært annerledes dersom

¹⁶⁴ Kjellekvold (2006) s. 13.

¹⁶⁵ Smith (2004) s. 225.

¹⁶⁶ Rt. 1999 s. 1183, s. 1185.

¹⁶⁷ Rt. 2000 s. 874, s. 875.

avgjørelsen var av varig karakter, ved for eksempel omsorgsovertagelse, adopsjon, vedvarende samvær og lignende.

Det kan diskuteres om Høyesterett som følge av avgjørelsene fratar barn rettigheter i midlertidige avgjørelser. Det å avskrive barns rett til å bli hørt vil være å innskrenke barns rett til å bli hørt etter bvl. § 6-3 og FNs barnekonvensjon art. 12. Loven og konvensjonene fremmer ingen innskrenkning i forhold til i hvilke saker barnet skal høres, se bvl. § 6-3. Uavhengig av om det dreier seg om en midlertidig avgjørelse av et kort tidsrom eller med varig virkning, kan avgjørelsen for barnet føles meget viktig, og avgjørelsen kan få betydning for det endelige resultatet. Det er barnets liv det går utover, og det er inngrep i deres situasjon det fremmes avgjørelse i forhold til. Utvalget begrunner unnlatelsen av å høre barnet i kjennelsen, med at barnet var blitt hørt i herredsretten, og at retten til å bli hørt er ivaretatt som følge av dette.¹⁶⁸ Mot dette kan det argumenteres at barnets situasjon kan forandre seg underveis i saksbehandlingen, og dette kan medføre endring i barnets mening. Ved å unnlate å høre barnet, vil den nye meningen ikke komme frem.

EMD avgjorde i Sommerfeld mot Tyskland 11.10.2001 og i Elsholz mot Tyskland at det var i strid med EMK art. 8 at barna ikke har blitt hørt i hver enkelt instans. EMD la derfor føringer for at barna ikke bare skal bli hørt i tingretten, men i hver instans hvor saken blir ført.¹⁶⁹ Imidlertid er det i begge avgjørelsene uenighet innenfor EMD. I saken Elsholz mot Tyskland dissenterer tre dommere på det grunnlag at statene her ikke hadde overskredet sin såkalte skjønnsmargin, “margin of appreciation”. De dissenterende dommerne mente det ikke var nødvendig å høre barnet i alle instanser da retten likevel hadde informasjon fra barna gjennom intervjuer gjennomført tidligere i prosessen, og disse intervjuene var tilstrekkelig til å dokumentere uttalelsene. I saken Sommerfeld mot Tyskland dissenterer to dommere, også på grunnlag av den vide skjønnsmarginen som statene er tillagt. Dommeren mente her at statene ikke overlates noen skjønnsmargin i det hele tatt hvis domstolen også skal “overprøve” vurderingen av barnets uttalelsesrett. Sommerfeld mot Tyskland ble

¹⁶⁸ Rt. 2000 s. 874, s. 875.

¹⁶⁹ Sommerfeld mot Tyskland 11.10.2001 premiss 43, Elsholz mot Tyskland 13.07.2000 premiss 52.

avgjort i storkammeret i 2003. Storkammeret kom i motsetning til kammeret frem til at det ikke var i strid med EMK art. 8 at barnet ikke ble hørt i alle instanser. Storkammeret fulgte derfor de dissenterne dommers standpunkt. Storkammeret begrunnet dette med at barnet var 10 år da hun ble hørt, og at hun var klar i sin tidligere uttalelse.¹⁷⁰

EMDs praksis er derfor uavklart, men EMD trekker i retning av at barn skal bli hørt i de ulike instansene dersom de endrer mening underveis i saksbehandlingen, og modning eller alder tilsier at barna har utviklet seg siden siste uttalelse.

Praksisen fra Elsholz mot Tyskland er ikke fulgt opp i Høyesterett eller i forarbeidene. Forarbeidene uttaler at i mange tilfeller kan det være en fordel om barnet har fått anledning til å gi uttrykk for sin mening på et tidlig stadium i saksbehandlingen.¹⁷¹ Med dette uttrykker lovgiver at barns uttalelse kan føres videre i senere instanser. Dette er i overensstemmelse med de dissenterne dommers uttalelse i EMD.

I 2004 kom Høyesterett med en ny dom som gjaldt en endringssak. I dommen tok Høyesterett stilling til om barnets rett til å uttale seg er en ubetinget rett, eller om denne retten kan settes tilside dersom barnets beste tilsier noe annet. Er retten en ubetinget rett, vil det i utgangpunktet foreligge en saksbehandlingsfeil dersom barnet ikke får uttale seg, og avgjørelsen vil bli opphevet dersom uttalelsen ville fått betydning i saken.

Saken tok for seg om en gutt på 12 år skulle fått en mulighet til å uttale seg. Høyesterett kom frem til at det ikke forelå en saksbehandlingsfeil selv om gutten ikke var blitt hørt. Begrunnelsen var at barnets rett til å bli hørt, ikke var en absolutt rett, og at den i alle tilfeller må prøves opp mot prinsippet om barnets beste. Høyesterett mente at barnets beste i denne saken var å ikke spørre barnet om det ville uttale seg, som følge av at det ville være vanskelig for gutten å ta standpunkt til om han burde uttale seg. Han ville bli utsatt for

¹⁷⁰ Sommerfeld mot Tyskland 08.07.2003 premiss 71-73.

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 33 pkt. 5.2.2.4.

press og komme i en lojalitetskonflikt.¹⁷² Det ville også oppstå et spørsmål om uttalelsen til barnet ville ha hatt betydning for resultatet da han stod i en lojalitetskonflikt med foreldrene.

Dommens resultat er det vanskelig å være uenig i, det er i overensstemmelse med barnets beste at saken ble avgjort uten at gutten ble trukket inn. Men det kan diskuteres om barnets rett til å bli hørt generelt skal vurderes i lys av barnets beste. Smith har tatt sterkt til motmæle mot det syn Høyesterett har gitt uttrykk for og fremholdt at dette er i strid med FNs barnekonvensjon og bl. § 31. Hun mener uttalelsen om at barnets uttalelsesrett alltid skal tolkes i lys av barnets beste vil svekke uttalelsesretten og innebære et meget uheldig tilbakesteg.¹⁷³ Holgersen støtter dette og uttaler at dommen ikke kan bli avgjørende for videre praksis, i hvert fall bør den ikke tillegges vekt utover saksforholdet som gjaldt endring av en nylig avsagt dom.¹⁷⁴

En barnets beste-vurdering foretas i alminnelighet etter at barnets mening har kommet frem. Uttalelsen vil være et moment i en helhetsvurdering. I denne helhetsvurderingen skal vekten av barnets uttalelse vurderes i takt med modning og alder.¹⁷⁵ Både i forhold til en slik vektvurdering, og med det faktum at barnet står i en lojalitetskonflikt til foreldrene, ville barnets mening i saken kunne blitt tillagt liten eller begrenset vekt. Da sakens kjerne dreier det seg om barnets rett til å få uttrykke seg, burde saken vært begrunnet på en annen måte, som for eksempel gjennom en slik vektvurdering. En annen måte å begrunne dette på, kunne eksempelvis vært at far får reise sak to dager etter at det forelå en rettskraftig dom om samværsretten. Mye taler for at det burde vært adgang for å avvise et slikt søksmål.

¹⁷² Rt. 2004 s. 811 avsnitt 49.

¹⁷³ Smith (2004) s. 230-231.

¹⁷⁴ Holgersen (2008) s. 295.

¹⁷⁵ Se kapittel 4.7.

Dommene ovenfor viser at barnets uttalelsesrett kan bli svekket dersom Høyesterett forsetter sin praksis pålydende at det ikke er en saksbehandlingsfeil når barn ikke blir hørt, og at barns uttalelsesrett alltid må vurderes i lys av barnets beste. En løsning kan være at det gjøres til en saksbehandlingsfeil at barnet ikke får uttale seg, og at barnets beste kan vurderes i forhold til om barnets uttalelse vil ha betydning for resultatet. Her går EMD lenger i form av at barna bør uttale seg i hver instans som følge av at barns situasjon kan endres etter hvert som prosessen utvikler seg. Det vil være en uheldig utvikling i forhold til barnets uttalelsesrett dersom Høyesterett viderefører praksisen om at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil i barnvernssaker der barn ikke blir hørt.

5 Sammenfatning og konklusjon

FNs barnekonvensjon har bidratt til at barns stilling har kommet frem i lyset og blitt et internasjonalt diskusjonstema. Som følge av barnekonvensjonen, har barn blitt et rettssubjekt med egne rettskrav. FNs barnekonvensjon har bidratt til utviklingen i norsk barnevernrett og ført til at det på nåværende tidspunkt er utvilsomt om barn har en medbestemmelsesrett i barnevernsaker. Det tvilsomme er utstrekningen av barns medbestemmelsesrett og vektleggingen av denne retten i forhold til andre momenter i en barnets beste-vurdering.

Barn eldre enn 7 år har en ubetinget uttalelsesrett i egen barnevernsak. Det betyr at barna har en rett, men ingen plikt til å uttale seg. Det problematiske her blir barns rett til informasjon i forhold til saken. På bakgrunn av informasjonen kan barnet ta stilling til om det ønsker å uttale seg eller ikke. Barnet har krav på informasjon om hva uttalelsene skal brukes til, hvem som får innsyn i opplysningene og bakgrunnen for hvorfor de skal uttale seg. Informasjonsplikten er derfor en del av uttalelsesretten. Her stilles det krav til sosialarbeiderne, advokater, sakkyndige og dommere. Det må allikevel ikke bli slik at sosialarbeidere og andre unnlater å gi barnet rett til uttalelse som følge av mangel på kunnskap om samtaleteknikk med barn. Barnets rett til uttalelse skal overholdes.

Barn yngre enn 7 år har en skjønnsmessig uttalellesrett. EMD har fremmet at ved vurderingen om barn i lav alder skal uttale seg, skal hvorvidt barnet har opplysninger som er relevante for saken, være mer utslagsgivende enn barnets alder. Begrunnelsen for dette er at barn yngre enn 7 år kan sitte med viktige opplysninger i saken. Det vil derfor være vesentlig å tilrettelegge for at barn yngre enn 7 år får uttale seg slik at barnas mening kommer frem. Sandberg mener at yngre barn generelt i utgangspunktet skal få muligheten til å uttale seg da det er vanskelig å ta stilling til denne skjønnssregelen. Det vil uansett være en utfordring i fremtiden å komme frem til retningslinjer for når barnet er i stand til å danne seg egne meninger. Følges barnekomiteens anmodning, slik Sandbergs argument vil støtte, vil alder ikke være noen hindring for når barnet kan uttale seg. Barn kan allerede fra 3-4-årsalderen vise former for innsikt i egen situasjon og komme med ønsker i forhold til venner, barnehage, fritidsaktiviteter og lignende. Mye kan derfor tale for at alle barn som *kan* uttrykke seg, også skal få muligheten til dette, og at betydningen av barnets mening skal reguleres i forhold til alder og modning. På denne måten blir også yngre barns rettigheter ivaretatt på best mulig måte.

Vektleggingen av barnets mening i forhold til modning og alder er en skjønnsvurdering. Det avgjørende her er hvilke andre momenter som foreligger i hver enkelt sak i en barnets beste-vurdering. Brukerperspektivet som i dag er styrende i barneverntjenesten tilsier at barnet skal få innflytelse i egen sak. Tjenestemottakeren skal få være med og sette premisser for hva som skal gjøres og på hvilken måte. Dette legger føringer for at barnets uttalelse skal få betydning for resultatet. Det er barnet som er mottaker av tjenesten.

I en helhetsvurdering vil barnets uttalelse vurderes opp i mot andre momenter for å komme frem til et vedtak som er til barnets beste. Det skal foretas en balanse mellom foreldrenes interesser og barnets interesser. Smith fremmer at barnets interesser skal gå foran foreldrenes. Foreldrene vil være opptatt av egne interesser og behov. Perspektivet foreldrene har, er dermed ikke alltid til barnets beste. Det er barnet som skal leve i den omsorgssituasjonen det legges til rette for, og som følge av dette, bør barnets interesser få

spesiell oppmerksomhet. Denne tankegangen kan komme i strid med det biologiske prinsipp i de tilfellene barnet ikke ønsker å bo eller ha samvær med biologiske foreldrene. Her må det vurderes hva som best fremmer omsorgssituasjonen for barnet.

For at vilkåret om barns medbestemmelsesrett skal oppfylles, må det legges til rette for at barnet skal få uttale seg. Sosialarbeidere, advokater, sakkyndige og dommere må se, høre, ivareta og oppfatte barnets mening. Medbestemmelsesretten vil bli tilstrekkelig ivaretatt ved at situasjonen rundt uttalellesretten blir gjort barnevennlig. Slik situasjonen er i dag blir barnet ivaretatt ved at en fagkyndig person, som sosialarbeider eller sakkyndig, hører barnet. For at barnets stemme skal komme frem i de ulike instanser, bør det innarbeides rutiner i domstolen for å høre barnet direkte. I forbindelse med dette har UNICEF kommet med forslag om å gjøre domstolen og avhørssituasjonen mer barnevennlig. Dette kan føre til at barnets interesser kommer bedre frem, og barnets rettigheter dermed blir styrket.

Dersom barnet ikke får uttale seg, har Høyesterett lagt føringer for at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil. Føringerne kan det stilles spørsmålstegn ved som følge av at resultatet svekker barnets rettigheter. Barnets uttalellesrett er et vilkår i saksbehandlingen på lik linje med det kontradiktoriske prinsipp. Barnets uttalellesrett er en rettighet under saksbehandlingen og bør med dette kunne føre til saksbehandlingsfeil. Begrensninger i forhold til om mangel på uttalelse skal føre til opphevelse, kan gjøres ved vurderingen om uttalelsens betydning for resultatet. En slik praksis ville styrket barns rettigheter og barnets stilling som rettssubjekt.

Hva er utstrekningen og innholdet av barns medbestemmelsesrett etter bvl. §6-3? Og hvilken vektlegging har denne uttalellesretten i forhold til andre momenter?

Barn eldre enn 7 år har ubetinget uttalellesrett. Barn yngre enn 7 år skal få uttale seg dersom det fremgår fra en skjønnsmessig helhetsvurdering at de er i stand til å danne seg en egen mening. Siden barnet er en relevant kilde til informasjon som kan belyse saken, bør det tilrettelegges for at barnes uttalelser kommer fram til rett instans. Barnet har i denne

sammenheng krav på å få tilrettelagt informasjon og tilrettelagte omgivelser. På denne måten får barnet et grunnlag for å ta stilling til om det ønsker å uttale seg. I egen barnevernsak vil barnets mening fremgå som et ledd i en barnets beste-vurdering der målet er å bedre barnets omsorgssituasjon. Det at barnets mening tillegges vekt i takt med modning og alder, avspeiler en generell anerkjennelse i gjeldende rett av barnets autonomi og en anerkjennelse av at barns evner øker i takt med deres utvikling.

Litteraturliste

Monografier

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001

Holgersen, Gudrun. *Barnerett*. Kristiansand, 2008

Kilkelly, Ursula. *The impact of the Convention on the caselaw of the European Court of Human Rights*. 2000

Mevik, Kate. *Møte med galskap*. Oslo, 1998

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Ofstad, Kari og Skar, Randi. *Barnevernloven (1992) med kommentarer*. 4. utg. Oslo, 2004

Oppedal, Mons. *Akutthjemlene i barnevernloven*. Oslo, 2007 [disputasutgave]

Sandberg, Kirsten. *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*. Oslo, 2003

Smith, Lucy og Lødrup, Peter. *Barn og foreldre*. 7. utg. Oslo, 2006

Stang, Elisabeth Gording. *Det er barnets sak. En analyse av barnevernets hjelpetiltak og barnets rettsstilling i saker etter barnevernloven § 4-4*. Oslo, 2007 [disputasutgave]

Artikler og redigerte verk

Archard, David og Macleod, Colin. *Introduction*. I “*The Moral and Political Status of the Children*”, ed. Archard, David og Macleod, Colin. 2002

Eriksen, Morten. *Om domstolenes tilpasning og bidrag til å utvikle menneskeretten*. Tidsskrift for strafferett. 2005 s. 4

Haugli, Trude. *Skiftende ideologier i barnelovgivning – alltid til barnets beste?* Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø. 2004 (a), s. 77

Haugli, Trude. *Familiebilder – familiemønster i endring*. Kirke og kultur. 2004 (b), s. 345

Haugli, Trude. *Det mangfoldige barnets beste*. Festskrift til Peter Lødrup: Bonus Pater Familias. Oslo. 2002, s. 313

Høstmælingen, Njål, Kjørstad Saga, Eling og Sandberg, Kirsten. (red.). *Barnekonvensjonen: barns rettigheter i Norge*. Oslo, 2008

Kjelleevold, Alice. *Idealet om brukerorientering i helse- og sosialtjenesten*. Lov og Rett. 2006, s. 3

Lindboe, Knut. *Hensynet til barnets beste i barnevernsaker*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2003, s. 115

Schiratzki, J. Nasjonalt bidrag fra Sverige. I: Haugli, T. (red.) *Nordisk samarbeid og utfordringer knyttet til innholdet i begrepet barnets beste*. Rapport fra ekspertmøte i Tromsø 29. –31. januar 2003 på oppdrag fra Barne- og familiedepartementet og Nordisk Ministerråd. Skriftserie nr. 56. Tromsø: Det Juridiske fakultet, Universitet i Tromsø, 2003

Smith, Carsten. *Bør menneskerettighetene styrkes i vår Grunnlov?*. Jussens Venner. 2006, s. 235

Smith, Lucy. *Barns menneskerettigheter. Særlig om barns medbestemmelsesrett*. Jussens Venner. 1981, s. 418

Smith, Lucy. *Barn, foreldre og menneskerettigheter*. Jussens venner. 1991, s. 101

Smith, Lucy. *Norsk barnevernlovgivning og internasjonale menneskerettighetsstandarder*. Mennesker og rettigheter. 1999, s. 356

Smith, Lucy. *Barnekonvensjonen- erfaringer ti år etter*. Mennesker og rettigheter. 2003, s. 80

Smith, Lucy. *Barnets beste og barnets uttalelserett*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål. 2004, nr. 3-4 s. 223

Søvig, Karl Harald. *Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene?* NOU 2008: 9 – med barnet i fokus

Tjomsland, Steinar. *Omsorgsovertagelse – hovedprinsipper og synspunkter*. Barnevern og omsorgsovertagelse (red.) 2. utg. 2003, s. 11

Tjomsland, Steinar (red), Loftsgaard, Lotte. *Barnevern og omsorgsovertagelse*. Oslo. 1997

Lover:

2005	Twisteloven 17. juni 2005 nr. 90
1999	Europeiske menneskerettskonvensjon 21. mai 1999 nr. 30
1999	Pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63
1992	Barnevernloven 17. juli 1992 nr.100
1981	Barneloven 8. april 1981 nr. 7
1927	Vergemålsloven 22. april 1927 nr. 3
1814	Grunnloven 17. mai 1814

Etterarbeider og forarbeider:

NOU 2000: 12	Barnevernet i Norge
NOU 2000: 22	Om oppgavefordelingen mellom stat, region og kommune
NOU 1985: 18	Lov om sosiale tjenester
Ot.prp. nr. 45 (2002-2003)	(endringslov) Menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)
Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)	(endringslov) Barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)
Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)	Barneverntjenester (barnevernloven)
Innst.O. nr. 80 (1991-1992)	Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Rapporter:

FN barnkomitee; Day of General Discussion on the right of the child to be heard.

11-29 september 2006

FN's barnekomité: Generall Comment no. 7 2005 pkt. 14, omhandler implementering av rettigheter i tidlig barndom

UNICEF; Day of General Discussion. *To speak, participate and decide- the Right of the Child to be Heard*. Article 12: UN Convention on the Rights of the Child Committee on the Rights of the Child (2006)

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 2008 s. 513
Rt. 2007 s. 561
Rt. 2006 s. 1308
Rt. 2006 s. 247
Rt. 2006 s. 1672
Rt. 2005 s. 624
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2004 s. 1046
Rt. 2004 s. 999
Rt. 2004 s. 811
Rt. 2003 s. 425
Rt. 2002 s. 557
Rt. 2000 s. 874
Rt. 2000 s. 1315
Rt. 2000 s. 557
Rt. 2000 s. 996
Rt. 1999 s. 1183
Rt. 1999 s. 1883
Rt. 1998 s. 1702
Rt. 1997 s. 534
Rt. 1994 s. 610
Rt. 1993 s. 671
Rt. 1991 s. 668
Rt. 1987 s. 289
Rt. 1984 s. 289

Lagmannsrettsavgjørelser:

LF-2007-116941

LA-2007-64750

LH-2007-22456

LE-2007-027111

LG-2007-35078

LE-2007-14361

LB-2006-143588

LB-2006-26681

LA-2006-145423

LB-2006-143588

LA-2006-126359

Den Europeiske menneskerettsdomstol:

Sahin mot Tyskland	08.07.2003	30943/96
--------------------	------------	----------

Sommerfeld mot Tyskland	08.07.2003	31871/96
-------------------------	------------	----------

Kutzner mot Tyskland	26.02.2002	46544/99
----------------------	------------	----------

Johansen mot Norge	10.10.2002	12750/02
--------------------	------------	----------

Sommerfeld mot Tyskland	11.10.2001	
-------------------------	------------	--

L mot Finland	27.04.2000	25561/94
---------------	------------	----------

Elsholz mot Tyskland	13.07.2000	25735/94
----------------------	------------	----------

Bronda mot Italia	09.06.1998	22430/93
-------------------	------------	----------

Johansen mot Norge	07.08.1996	17383/90
--------------------	------------	----------

Rieme mot Sverige	22.04.1992	12366/86
-------------------	------------	----------

Olsson mot Sverige nr. 2	28.11.1992	A250
--------------------------	------------	------

Eriksson mot Sverige	22.06.1989	11373/85
----------------------	------------	----------

Olsson mot Sverige nr. 1	24.03.1988	10465/83
--------------------------	------------	----------

Silver m.fl. mot Storbritannia	25.03.1983	
--------------------------------	------------	--